In welchem Umfang besteht nach Handelsgesetzbuch § 377 eine Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ware?

Inaugural-Dissertation

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Königlichen Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

von

Arthur Höher,
Rechtskandidat
aus Sagan.

ACAD. LEGUM REG. WRATISL.

Namslau.
Druck der Opitz'schen Buchdruckerei.

1906.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Beyerle.
Korreferent: Professor Dr. Dahn.

Brie, Dekan.

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit.

Litteraturverzeichnis.

I. Quellen:

1. Digesta ed. Mommsen. 1882.
2. Leges Baiuvariorum ed. Mederer. 1793.
3. Rüdiger = Rüdiger, Die ältesten Hamburger Zunftrollen und Brüderschaftsstatuten.
4. A. L. R. = Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten (Allgemeines Land-Recht). 1791.
5. A. H. G. B. = Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.
6. H. G. B. = Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 10. Mai 1897.
7. B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
8. Borchardt, Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs. 1883—1893.

II. Materialien:

9. Denkschrift B. = Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.
10. Motive z. B. = Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1888.
11. Pr. E. beziehungsweise Mot. z. Pr. E. = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven. 1857.
12. Denkschrift = Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift. 1896.
13. Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. 1858. Von Lutz. Citiert: Prot.

III. Wissenschaft.

1. Kommentare und Lehrbücher:

14. Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1874.
15. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. 1. 1882.
16. Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1853—1860.
17. v. Buchka, Vergleichende Darstellung des B. G. B. für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts. 1899.
18. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1900.
19. Dernburg P. = Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 1903.
20. Dernburg B. = Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 2. 1901.
21. Düringer = Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 3. 1904.
22. Endemann B. = Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1903.
23. Endemann, Handbuch des Handelsrechts. 1881. 1882.
24 Foerster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen Rechts. 1880. Bd. 1.
25. Gareis, Lehrb. = Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 1899.
26. Gareis-Fuchsberger, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.
27. Gierke, Grundzüge des deutschen Privatrechts. (Holtzendorff-Kohler, Encyclopädie Bd. 1.)
28. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1875.
29. v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1875.
30. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 1897.
31. Lehmann = Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Heymanns Kommentar zu den Nebengesetzen.) 1901.
32. Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 1902. 1904.
33. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. (Heymanns Kommentar zum Bürgerlichen Recht.) 1899.
34. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 1900.
35. Pöhl, Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute. Bd. 1. 1828.

36. Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1885.
37. Puchta, Kursus der Institutionen. Bd. 2. 1881.
38. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1900.
39. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts.
40. Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. 1854.
41. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 1900.

2. Einzelabhandlungen:

42. Cropp, Gewährleistung für Mängel der verkauften Sache nach germanischen Rechten. (Heise-Cropp, Juristische Abhandlungen. Bd. 1) 1827.
43. Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 43.)
44. Eck, Beiträge zur Lehre von den ädilicischen Klagen. (Festgabe für Beseler.)
45. Gareis, Disp. = Gareis, Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschem Handelsrecht. 1870.
46. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. 1883—1884.
47. Krückmann, Reform des Kaufrechts. 1896.
48. Lehmann in Z. f. H. Bd. 52 = Lehmann, Die Entwicklung des deutschen Handelsrechts. (Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 52.)
49. v. der Leyen, Der Begriff der Ablieferung im Handelsrechte, insbesondere unter Berücksichtigung der Artikel 347—349 des Handelsgesetzbuchs. (Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 16.)
50. Lürmann, Über die stillschweigende Billigung der gekauften Ware, insbesondere durch stillschweigendes Behalten einer nach Abschluß des Handels empfangenen Probe der gekauften Ware. 1860. (Neues Archiv für Handelsrecht. Bd. 2.)
51. Neumann, Studie über Rechtshandlung und Rechtsgeschäft. 1900. (Festgabe für Wilcke.)
52. Riesser, Zur Revision des Handelsgesetzbuches. 2. Abteilung. (Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Beilageheft zu Bd. 35.)
53. Riezler, Der Werkvertrag. 1900. (Fischer, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches. Bd. 4. Heft 4.)

54. Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation nach gemeinem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Beweislast. (Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 23.)

55. Steinbrüchel, Über Dispositionsstellung unbestellter Ware. (Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. Bd. 1.)

56. Stübel, Die Mängelanzeige im Handelsverkehr. 1900. (Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 10.)

3. Dissertationen:

57. Balcke, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B.? Freiburg 1899.

58. Conze, Kauf nach hanseatischen Quellen. Bonn 1889.

59. Daesler, Zur Lehre von den Voraussetzungen der handelsrechtlichen Rügepflicht nach Artikel 347 des Handelsgesetzbuchs. Erlangen 1899.

60. Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf nach dem Recht des B. G. B. für das Deutsche Reich. Greifswald 1900.

61. Goudefroy, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Rostock 1902.

62. Haßlacher, Die Haftung des Verkäufers für Fehler und Mängel nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1897.

63. Hoffmann, Die Rechtsfolgen mangelhafter Beschaffenheit der Ware beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache nach Handelsrecht. Leipzig 1904.

64. Kemmerich, Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B. Erlangen 1899.

65. Krüger, Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf. Leipzig 1904.

66. Lotholz, Die Voraussetzungen der handelsgesetzlichen Rügepflicht nach Art. 347 H. G. B. Halle 1896.

67. Scheer, Die Besonderheiten der Gewährleistungspflicht beim Handelskauf. Rostock 1904.

68. Zitelmann, Die Voraussetzungen für das Recht und die Pflicht des Käufers, dem Verkäufer die Ware zur Verfügung zu stellen. Erlangen 1899.

IV. Praxis:
(Sammlungen von Entscheidungen, Gutachten etc.)

69. Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch. Bd. 9.
70. Archiv = Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht. Bd. 8.
71. Blätter für Rechtspflege.
72. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
73. Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts.
74. Centralorgan = Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht. (Löhr.)
75. Dove-Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. 1900.
76. Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Citiert: Z. f. H.
77. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
78. Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
79. J. W. = Juristische Wochenschrift. (Kempner.)
80. O. L. G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
81. R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
82. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche. 1900.
83. R. O. H. G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
84. Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß.
85. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
86. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Obertribunals.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung: Geschichtliche Entwicklung der nach H. G. B. § 377 begründeten Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ware. Ihre rechtliche Natur und ihr Ziel ..... 1—18

B. Ausführung: In welchem Umfang besteht eine solche Pflicht?

I. Unter welchen Voraussetzungen wird sie begründet?

§ 2. 1. **Es muss ein Kauf oder ein kaufähnliches Geschäft vorliegen** ..... 18—23
a. Wann liegt Kauf vor?
b. Welche kaufähnlichen Geschäfte sind gemeint?

§ 3. 2. **Der Kauf muss Handelskauf sein.** Er muß daher 24—27
a. Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande haben,
b. unter den Begriff »Handelsgeschäft« fallen

§ 4. 3. **Der Kauf muss beiderseitiger Handelskauf sein** 27—30
a. Gründe der Abweichung des H. G. B. vom A. H. G. B. in diesem Punkt.
b. Wann ist der Kauf »beiderseitiger« Handelskauf?

§ 5. 4. **Die Ware muss abgeliefert sein** ..... 31—35
a. Begriff der Ablieferung.
b. Fälle der vollendeten Ablieferung.

II. Nach welchen Grundsätzen ist der so begründeten Untersuchungspflicht zu genügen?

§ 6. 1. **In welcher Zeit muss die Untersuchung der Ware vorgenommen werden?** ..... 35—40
a. Wann ist sie zu beginnen?
b. Binnen welcher Zeit ist sie durchzuführen?

§ 7. 2. **Wer hat zu untersuchen?** ..... 40—42
a. Regelmäßig der Käufer.
b. Ausnahmsweise dritte Personen.

Seite

§ 8. 3. **In welcher Weise ist die Untersuchung zu führen?** ..... 42—47
a. Möglichst unter Schonung der Substanz der Ware,
b. Gegebenen Falls mittels äußerer Einwirkung auf dieselbe.

§ 9. 4. **In welchem Umfang ist die Ware zu untersuchen?** ..... 47—51
a. Grundsätzlich soll die ganze Ware untersucht werden,
b. Tatsächlich ist meist eine Beschränkung auf Teile hinreichend und zuläßig.

§ 10. 5. **Wo ist der Untersuchungspflicht zu genügen?** 51—53
a. Regelmäßig am Ort der Ablieferung,
b. Ausnahmsweise an anderen Orten.

§ 11. C. Schluß: Kritik der Untersuchungs- und Rügepflicht. Bemerkungen de lege ferenda ..... 53—59

§ 1.

Geschichtliche Entwicklung der nach H. G. B. § 377 begründeten Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ware, ihre rechtliche Natur und ihr Ziel.

Nach H. G. B. § 377 hat unter bestimmten Voraussetzungen »der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen, und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.«[1])

»Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.«[2])

Die hierin liegende Präsumtion greift nur dann nicht Platz, wenn »der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen« hat.[3])

In allen andern Fällen aber ist der Käufer nach H. G. B. bei Verlust seiner civilrechtlichen[4]) Ansprüche zur Untersuchung der Ware und Anzeige ihrer Mängel[5]) verpflichtet.

In keinem der für die geschichtliche Entwicklung des modernen deutschen Rechts in Betracht kommenden Rechte ist die Geltendmachung der im übrigen überall prinzipiell anerkannten Ansprüche, welche der Käufer einer fehlerhaften Sache an den Verkäufer hat, an eine so ausgedehnte Pflicht des Käufers zur

---

[1]) H. G. B. § 377 Abs. 1.

[2]) H. G. B. § 377 Abs. 2.

[3]) H. G. B. § 377 Abs. 3.

[4]) B. G. B. § 462, 463.

[5]) Nur Sachmängel, physische Mängel sind hier gemeint; Mängel im Recht scheiden hier ganz aus. Vgl. S. 16.

Untersuchung und Mängelrüge[1]) geknüpft, wenngleich sich mehr oder weniger starke Ansätze dazu hier und da finden.

Im älteren römischen Recht[2]) ist von einer ausgebildeten Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers keine Rede. Der Verkäufer haftet nach den Zwölftafeln nur »im Fall des dolus, d. h. wenn er die Mängel des Kaufgegenstandes arglistig verschwiegen oder ihre Abwesenheit versprochen hatte.«[3]) Die actio emti zur Geltendmachung seines Interesses hat der Käufer während der ganzen Verjährungsfrist dieser Klage (dreißig Jahre lang), gleichgültig, ob er die Mangelhaftigkeit der Ware schon früher erkannt hat oder hätte erkennen müssen.[4])

In Fortentwicklung dieses Rechtsgedankens läßt das Marktrecht der kurulischen Ädilen bei Sklaven- und Viehkauf[5]) und das spätere Civilrecht[6]) bei Käufen aller Arten körperlicher Sachen den Verkäufer grundsätzlich auch für diejenigen Mängel der Sache haften, welche er selbst nicht einmal kennt[7]), falls sie »ihre Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit beeinträchtigen«[8]), und fügt der altcivilen actio emti die ädilicischen Ansprüche des Käufers auf verhältnismäßige Preisminderung (actio quanti minoris) und auf beiderseitige Rückleistung und Auflösung des Kaufvertrages (actio redhibitoria) hinzu.

In diesem entwickelteren römischen Recht läßt sich eine gewisse Untersuchungs- und Rügepflicht bereits finden.

Einmal galt der Satz,[9]) daß der Käufer, wenn er die Ware beim Kauf sah, solche Mängel, die er bei gewöhnlicher Untersuchung hätte entdecken müssen, sofort rügen müsse, nach An-

---

[1]) Wenn im Beginn der Abhandlung die Untersuchungs- von der Rügepflicht zu wenig getrennt erscheint, so ergibt sich das aus dem nahen Verhältnis beider zu einander, welches erst (Vgl. S. 1477 ff.) bei der Frage nach der rechtlichen Natur der ersteren näher auseinandergesetzt werden muß.

[2]) Für das Folgende: Windscheid S. 639—643, Dernburg P. S. 275—278, Hanausek I. S. 41—45, Puchta S. 359.

[3]) Lotholz S. 12.

[4]) Hanausek II. Abt. 2 S. 334, 335.

[5]) l. 1 § 1 l. 38 pr. D. 21. 1.

[6]) Vgl. Puchta S. 359, Windscheid S. 641.

[7]) l. 1 § 8 D. 21. 1.

[8]) Dernburg S. 277.

[9]) l. 14 § 10 l. 55 D. 21. 1, Windscheid S. 641, Dernburg S. 277, Puchta S. 359, Hanausek I. S. 85.

nahme der Ware also ihretwegen keine Ansprüche mehr geltend machen könne.[1])

Sodann waren auch die Verjährungsfristen der ädilicischen Klagen (sechs Monate bei der actio redhibitoria, ein Jahr bei der actio quanti minoris) tempus utile,[2]) d. h. die Verjährungsfrist begann nicht, wie grundsätzlich bei der actio emti,[3]) mit Abschluß des Kaufvertrages, sondern erst, aber auch unbedingt, mit dem Zeitpunkt, an welchem der Käufer den Mangel entdeckt hatte oder bei gehöriger Sorgfalt hätte entdecken können. Mit Bezug auf den letzteren Passus mußte es für den Käufer wesentlich sein, die Sache zu untersuchen, um solche Fehler auch wirklich aufzufinden und nicht dadurch sich zu schädigen, daß man ihm nachwies, der Zeitpunkt, an welchem er hätte die Mängel wahrnehmen können, liege schon weiter als sechs Monate beziehungsweise ein Jahr zurück: jetzt seien seine Ansprüche verjährt.

In dieser doppelten Hinsicht also scheint im späteren römischen Recht die Untersuchung beziehungsweise Mängelrüge des Käufers für die Geltendmachung seiner Ansprüche von Bedeutung zu sein; allerdings darf man darin keine auf die Begründung einer strikten Anzeigepflicht hinzielenden Rechtssätze, sondern eben nur ein mehr zufälliges Auftauchen einer solchen Pflicht sehen. Gesetzlich normiert ist weder eine Pflicht zur Untersuchung, noch eine solche zur Mängelrüge.[4])

Diese römisch-rechtlichen Gedanken sind nun in das gemeine Recht fast unverändert übergegangen:[5]) »Weder eine alsbaldige Untersuchung der Ware, noch die sofortige Benachrichtigung des Verkäufers kann nach gemeinem Recht zur Erhaltung des Anspruchs des Käufers für wesentlich notwendig gehalten werden.«[6]) Es gilt also auch hier als Regel, daß die Geltendmachung der Ansprüche des Käufers prinzipiell von einer Untersuchung der

---

[1]) Ob hier der dolus des Verkäufers insofern von Einfluß war, als in diesem Fall der Käufer seine Ansprüche behielt, ist bestritten, aber wohl anzunehmen. Vgl. Hanausek I. S. 85 und Note 8.

[2]) Windscheid S. 642, 643; Dernburg P. S. 280, 281.

[3]) Ausgenommen den Fall, daß die actio emti wegen ädilicischer Ansprüche angestellt wurde. Vgl. Hasslacher S. 18, 19.

[4]) Nur insoweit scheint mir Hanausek Recht zu haben, wenn er sagt: »Dem römischen Recht ist der Rechtsgedanke, welcher in den Normen des Art. 347 Ausdruck gefunden hat, fremd geblieben . . .« Hanausek II S. 81.

[5]) Windscheid S. 643 ff.; Dernburg P. S. 280 ff.

[6]) Seuffert Bd. 7 Nr. 295.

Ware und daraufhin erfolgenden Mängelrüge unabhängig ist,[1]) außer eben dem Fall,[2]) daß der Käufer offensichtliche Mängel sofort rügen muß.[3]) Im übrigen aber gestattet auch das gemeine Recht dem Käufer,[4]) »bis zum Ablauf der Verjährungszeit die Frage, ob er Mängel an der Sache wahrgenommen, im Dunkeln zu lassen.«[5])

Der Anfang einer ausgeprägteren Untersuchungs- und Anzeigepflicht findet sich im älteren germanischen Recht.

Es herrscht hier der Grundsatz,[6]) an dem einmal abgeschlossenen Kauf nur im äußersten Notfall etwas zu ändern: »... postquam factum sit negotium, non sit mutatum, nisi forte uitium inuenerit quod ille uenditor caelauit.«[7]) Also nur bei dolus des Verkäufers konnte der Käufer den Kauf durch Redhibition der fehlerhaften Kaufsache rückgängig machen.[8]) Dazu mußte aber noch kommen, daß der Fehler ein recht erheblicher war und binnen der kurzen Zeit von drei Tagen geltend gemacht wurde.[9]) Konnte der Verkäufer nebst einem Eideshelfer schwören, daß er den Fehler selbst nicht gekannt habe, so fand überhaupt keine Redhibition statt.[10])

Man darf wohl annehmen, daß der in den Leges Baiuvariorum ausgesprochene Grundgedanke dem ganzen germanischen Recht geläufig gewesen ist,[11]) denn sonst würde sich wohl in irgend einem der übrigen Volksrechte ein anderer Grundsatz aufgestellt finden. Untereinander weisen dieselben allerdings geringe Abweichungen auf, namentlich betreffs der Frist, binnen welcher die Ware redhibiert werden konnte. So ist nach östgotischem Recht[12]) Voraussetzung für das Rücktrittsrecht wegen verborgener Fehler, die hier löndalaster heißen, »daß der Käufer innerhalb fünfnächtiger Frist vom Erwerb der Ware ab dieselbe dem Ver-

---

[1]) Windscheid S. 651; Hanausek II. S. 81 Note 2; Haßlacher S. 20.
[2]) Vgl. S. 2.
[3]) Windscheid S. 651 Anm. 30, 31; Kemmerich S. 14.
[4]) Ehrlich S. 16.
[5]) Eck S. 161.
[6]) Vgl. Zitelmann S. 6.
[7]) Leges Baiuvariorum Tit. 16 cap. 9.
[8]) Cropp S. 165.
[9]) Brinckmann S. 310; Lotholz S. 14; Cropp S. 165.
[10]) Cropp S. 165.
[11]) Cropp S. 165.
[12]) v. Amira S. 568.

käufer zurückbietet«[1]), und nach älterem schwedischem Recht »galt der Kauf, der nicht auf offenem Markte geschlossen wurde, als ein Kauf auf Probetage, Froestmark, deren es in der Regel drei gab.«[2]) Im Viehhandel schwankt die Frist zwischen 3 und 28 Tagen.[3])

Jedenfalls aber ist sie immer auffallend kurz, und immer ist der Käufer berechtigt[4]), und — insofern er sonst in kurzer Zeit mit seinen Ansprüchen ausgeschlossen wird[5]) — auch verpflichtet, die Kaufsache baldigst zu untersuchen. Eine Pflicht im rechtlichen Sinne ist dies aber nicht[6]), wenngleich z. B. das Stadtrecht von Wisby: »so welc man in der stadt copet oder vorkopet, de prove wat he cope«[7]) oder die Rolle der Hamburger Gerber: »idt en schall ook neen mann hude kopen, he enhebbe se besehen«[8]) eine solche statuieren zu wollen scheinen. Aber »es gilt der Satz, daß, wenn eine Ware gekauft und geliefert ist, welche vorher besehen ist«[9]), eine Geltendmachung von Mängeln natürlicher Art dem Käufer nicht mehr verstattet ist. Ist die Ware nicht besehen, so kann der Käufer binnen kurzer Zeit erklären, »er habe die Ware mangelhaft befunden.«[10]) Diese Zeit ist verschieden bemessen; z. B. bestimmt die Rolle der Hamburger Gerber »für den Gast, dem etwas »mißhagete«[11]), eine Frist von vier Wochen«: welck gast gahr ledder kofft van enem gerver, miszhaget eme dar wat ane, dat schall he darna wedder bringen binnen veer weken.«[12])

Die Bedeutung, welche hier dem »Besehen« zugeschrieben wird, ist auf die Eigenart des Handels mit oder ohne »Gottespfennig«, der sich speziell im lübischen Recht entwickelt hat, zurückzuführen. Der letztere unterlag den allgemeinen Grundsätzen[13]), während der erstere prinzipiell sofort unwiderruflich

---

[1]) v. Amira S. 568, 569.
[2]) Cropp S. 167; Stobbe Bd. 3 S. 245 Nr. 32.
[3]) Conze S. 101; Cropp S. 166, 167.
[4]) Cropp S. 168.
[5]) Gierke I. S. 526.
[6]) Conze S. 93.
[7]) Scheer S. 58; Conze S. 93.
[8]) Rüdiger N. 15 a: 14.
[9]) Conze S. 94.
[10]) Conze S. 106.
[11]) Conze S. 106.
[12]) Rüdiger N. 15: 12.
[13]) Conze S. 29.

war[1]), obwohl ausnahmsweise bei sofort, wennschon nach Kaufabschluß, entdecktem Mangel, »solange sie noch nicht den Fuß verwandt haben oder noch nicht auseinandergegangen sind«[2]), der Kauf rückgängig gemacht werden konnte.[3]) Hat der Käufer aber die Ware besehen und in seine »Were« genommen, so ist er vollkommen an den Kauf gebunden.[4]) In diesem Sinne spricht sich zunächst das lübische Recht v. J. 1240 — allerdings nur mit Rücksicht auf gekauftes Tuch — aus[5]); ganz allgemein aber bestimmt das hamburgische Recht v. J. 1292: so welkerhande goet ein man coft unn besuth unn an sine were bringhet, dat scal he gelden. Wenngleich das Empfangen der Ware und das Besehen »copulative, nicht alternative«[6]) erforderlich ist, so ist doch der Besicht das Wichtigere.[7]) Daß er dem Empfang voraufgehe, ist nicht wesentlich, wenngleich es regelmäßig der Fall ist; aber wenn er erst nach Empfang stattfand, so galt es als stillschweigend übernommene Verpflichtung des Käufers, die Ware gleich nach Empfang zu besichtigen und eventuell sofort zu redhibieren.[8])

Insofern also der Verkäufer eine solche Beschleunigung der Besichtigung erwarten durfte[9]), ist hier ein direkter Berührungspunkt mit dem modernen Gedanken der rechtzeitigen Untersuchung und Mängelrüge zu finden.

Grundsätzlich muß demnach im älteren deutschen Recht der Käufer fehlerhafte Ware sofort zurückweisen. Hat er sie ungerügt in seine »Gewere« genommen, so kann er nur noch wegen solcher Mängel, die auch bei sorgfältiger Besichtigung nicht erkennbar waren, Ansprüche geltend machen.[10]) Die hierin zum Ausdruck kommende Idee des älteren deutschen Rechts ist die, daß es Pflicht jedes ordentlichen Käufers sei, die Ware genau zu besehen, bevor er sie in seine »Gewere« bringt und damit

---

[1]) Conze S. 34.

[2]) Cropp S. 170.

[3]) Später diente der Gottespfennig nur noch dazu, den »kauff desto mehr bekräfftiget zu sehen« (Conze S. 34), wie z. B. auch der Handschlag.

[4]) Cropp S. 171.

[5]) Cropp S. 171.

[6]) Cropp S. 175.

[7]) Cropp S. 177.

[8]) Cropp S. 183.

[9]) Cropp S. 184.

[10]) Ehrlich S 13, 14.

etwaige Mängel genehmigt. In diesem Sinn[1]) sind die bekannten Rechtssprüchwörter: »Augen für Geld!«, »Augen auf! Kauf ist Kauf!« und »Tu die Augen auf oder den Beutel auf!« zu verstehen.

Im älteren deutschen Recht also ist eine Verpflichtung des Käufers zur Untersuchung und Mängelrüge im Sinn des heutigen Handelsrechts schon ziemlich genau erkennbar. Aber nur partikularrechtlich haben sich diese deutschrechtlichen Gedanken erhalten[2]), so in Hamburg und Lübeck, und außerdem die besonderen Normen beim Viehhandel; im übrigen aber hat sich das spätere Recht fast vollständig an das gemeine Recht angeschlossen.

So vertritt auch das A. L. R. im Prinzip dessen Standpunkt[3]), modifiziert allerdings durch deutschrechtliche Einwirkungen, und kennt eine Pflicht zur Rüge und zwar zur sofortigen Rüge nur bei offenbaren Mängeln. »Ist der Fehler in die Augen fallend und der Empfänger hat die Sache, ohne denselben ausdrücklich zu rügen, übernommen, so kann er weder vom Vertrage zurücktreten noch Vergütung fordern.«[4]) Beim Fehlen vorbedungener Eigenschaften[5]) oder beim Vorhandensein verborgener Mängel an Mobilien[6]) kann der Käufer »Gewährleistung« binnen sechs, beziehungsweise drei Monaten beantragen[7]) und bei Nichterfüllung Wandlung oder Minderung verlangen.[8]) Diese Frist läuft ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer die Ware vorbehaltlos angenommen hat oder nicht, eine Verpflichtung zur Untersuchung besteht keineswegs.

Gleich dem A. L. R. schließt sich auch das B. G. B. betreffs der Frage einer Untersuchungs- und Rügepflicht mehr dem gemeinen wie dem deutschen Recht an.[9]) Prinzipiell kennt es keine Anzeigepflicht des Käufers.[10]) Weil aber die »Ermittelung

---

[1]) Vgl. Stobbe I. S. 526.

[2]) Brinckmann S. 310, 311.

[3]) Foerster-Eccius I. S. 573; Eck S. 162.

[4]) A. L. R. § 330 I. 5.

[5]) A. L. R. § 325—328 I. 5.

[6]) Da H. G. B. § 377 von Untersuchung der »Ware« spricht, worunter Grundstücke z. B. nicht rechnen, kann die Erörterung auf Mobilien beschränkt bleiben. Vgl. S. 24 ff.

[7]) A. L. R. § 343, 344 I. 5.

[8]) A. L. R. § 325—328 I. 5.

[9]) Buchka S. 105 ff.

[10]) Denkschrift S. 223; Motive z. B. S. 238.

und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend« ist[1]), läßt das B. G. B. im Anschluß an das bisher bestehende Recht die Ansprüche des Käufers in kurzen Fristen verjähren[2]), und zwar »bestimmt der Entwurf für beide Ansprüche, abweichend vom gemeinen Rechte . . . dagegen in Übereinstimmung mit der modernen Gesetzgebung, dieselbe Verjährungsfrist, welche jedoch, je nachdem bewegliche oder unbewegliche Sachen veräußert worden sind, verschieden bemessen ist . . .«[3]) Diese Frist beträgt bei beweglichen Sachen allgemein sechs Monate[4]) und ist nicht mehr wie im gemeinen Recht an den Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Mangels, sondern an den der Ablieferung der Ware geknüpft.[5]) Nach B. G. B. § 478 kann der Käufer durch »eine Anzeige des Mangels an den Verkäufer vor Ablauf der sechsmonatlichen Verjährung sich seine Einrede gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises erhalten«[6]), doch soll hierin keineswegs eine Pflicht zur Anzeige erblickt werden, sondern nur ein Recht: Das B. G. B. will dem Käufer »eine besondere Erleichterung gewähren.«[7]) Dagegen kann die Berücksichtigung »der allgemeinen Rechtsanschauung« (Verkehrssitte), worauf die Motive hinweisen[8]), sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben im Einzelfall auch einem dem Bürgerlichen Recht unterliegenden Käufer eine Pflicht zur baldigen Untersuchung und Mängelrüge aufnötigen. Eccius[9]) vertritt allerdings die Ansicht, daß selbst dann für den Käufer (nach B. G. B.) keine Untersuchungspflicht bestehe, »wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit erkennen mußte, daß die Sache fehlerhaft war«; doch wird man mit Rücksicht auf Treu und Glauben in diesem Fall eine baldige Untersuchung dem Käufer zur Pflicht machen müssen. In diesem Sinne kann z. B. Rücksicht auf die Person oder Verhältnisse des

---

[1]) Haidlen S. 539 Anm. zu § 477; Goudefroy S. 99.

[2]) B. G. B. § 477.

[3]) Motive z. B. S. 239; Denkschrift B. S. 95, 96; Haidlen S. 640.

[4]) Denkschrift B. S. 95, 96.

[5]) Bei Arglist des Verkäufers tritt zu Gunsten des Käufers wie im gemeinen Recht die dreißigjährige Verjährung ein. B. G. B. § 477; Denkschrift B. S. 96.

[6]) Denkschrift B. S. 96; Balcke S. 72.

[7]) Denkschrift B, S. 96.

[8]) Motive z. B. S. 226; Denkschrift S. 223.

[9]) Eccius S. 313.

Verkäufers[1]) oder die auffällige Billigkeit einer Ware[2]) bestimmend wirken.

Prinzipiell jedoch[3]) — daran ist festzuhalten! — ist »eine Verpflichtung zur unmittelbaren Prüfung der Ware beim Empfang und unverzüglicher Rüge dem B. G. B. fremd.«

Vielmehr ist eine eigentliche Untersuchungs- und Rügepflicht in der ganzen Entwicklung lediglich im älteren deutschen Recht zu finden; und dessen Bestimmungen haben — wie schon gezeigt — weder auf das gemeine, noch auf das Preußische Landrecht noch auf das Bürgerliche Recht[4]) einen wesentlichen Einfluß auszuüben vermocht. Aber der Gedanke einer Verpflichtung zur Untersuchung der Ware und zur Mängelrüge entspricht so vollkommen dem Bedürfnis eines entwickelten Handelsverkehrs, rasche Gewißheit darüber zu haben, ob ein Kauf als fest und unwandelbar gelten könne oder nicht[5]), daß jede andere Regelung — z. B. auch die des gemeinen Rechts — ungenügend erscheinen mußte, als im Mittelalter der Handelsverkehr einen ganz bedeutenden Aufschwung nahm.[6])

Eine zweckmäßige Änderung des herrschenden Rechtszustandes wurde auf einfache Weise vollzogen. Die allgemeine Handelsusance[7]), welche auf der Grundlage des römischen und kanonischen Rechts ein »gemeines Handelsrecht« schuf[8]), brachte ein Institut zur Entwicklung[9]), welches die Idee der modernen handelsrechtlichen Mängelrüge in sich trug und im Grunde in dem deutschrechtlichen Gedanken der Rügepflicht wurzelte: das Institut des merkantilischen Empfanges.[10])

Es bildete sich nämlich kraft innerer Notwendigkeit der nur zögernd aber schließlich doch allgemein anerkannte Satz[11]) heraus

---

[1]) Vgl. Oertmann S. 184 Anm. 3.
[2]) Lehmann Nr. 20, Anm. 2 zu 377.
[3]) Dernburg B. § 189 I.; Ehrlich S. 85.
[4]) Jedenfalls nur betreffend den Viehkauf.
[5]) Lotholz S. 18 ff.
[6]) Goldschmidt S. 316 ff.
[7]) Über den Begriff der Usance vgl. Scheer S. 30 ff.
„ „ Einfluß „ „ „ Lehmann in Z. f. H. Bd. 52 S. 11.
[8]) Gareis, Lehrb. S. 9.
[9]) Lotholz S. 18.
[10]) Vgl. Daesler S. 3.
[11]) Brinckmann S. 301; Thöl S. 356 Anm. 6; Anschütz S. 295 Anm. 5 u. Cit.

daß der Käufer die Pflicht habe, die Ware binnen einer gewissen hinreichenden Frist zu untersuchen und etwaige Mängel anzuzeigen, widrigenfalls die Ware rücksichtlich aller bei ordnungsmäßiger Untersuchung erkennbaren Mängel als stillschweigend genehmigt gelte.[1])

Daß dieser Satz erst durch die Handelsusance Geltung erlangt habe, ist bestritten. Namentlich Pöhl[2]) vertritt die Ansicht, daß die Untersuchungspflicht des Käufers auch ohne Usance bereits auf dem römischrechtlichen Grundsatz: »quod sine die debetur, statim debetur« beruhe. Ebenso leitete die Praxis diese Verpflichtung ab »aus der allgemeinen Rechtsregel, daß Verbindlichkeiten, für deren Erfüllung eine Frist weder verabredet noch gesetzlich bestimmt ist, sogleich oder doch innerhalb solcher Fristen erfüllt werden sollen, deren Gewährung durch die Beschaffenheit der vorzunehmenden Handlung bedingt ist.«[3]) In ähnlicher Weise sucht man den Grund der Untersuchungspflicht auch »in der Natur der Verhältnisse«[4]) oder glaubt diese Verpflichtung »indirekt aus dem römischen Grundsatz, daß beim Kaufvertrage beide Teile, also auch der Käufer, der bona fides entsprechend verfahren müsse«, rechtfertigen zu können.[5])

Mir erscheint diese Theorie als zu weit gehend. Richtig mag sein, daß sie »eine Anerkennung des allgemeinen Gebots der bona fides enthalte«[6]), also eine Formulierung desselben ist.[7]) Darum beruht aber doch ihre Geltung nicht auf der bona fides selbst oder auf obigem Rechtssatz, sondern eben auf jener Usance. Daß sie aus jenen allgemeinen Regeln herausgewachsen ist, soll nicht in Abrede gestellt werden, aber ihre Geltung beruht nicht darauf, sondern auf der Usance.

Ein Grundsatz mit der Tendenz des merkantilischen Empfanges erwies sich aber für den Handelsverkehr als notwendig, weil nach gemeinem Recht, wie sich aus obigen[8]) Darlegungen

---

[1]) Lürmann S. 167, 168; Brinckmann S. 300, 301 Anm. 20.
[2]) Pöhl S. 166.
[3]) Seuffert Bd. 6 Nr. 27.
[4]) Archiv S. 101 Anm. 70.
[5]) Archiv S. 101. Ähnlich: Hahn S. 317.
[6]) Hahn S. 317.
[7]) Ähnlich (vermittelnd): Gareis, Lehrb. S. 531.
[8]) Vgl. S. 6–7.

ergibt, der Käufer seine Ansprüche erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend zu machen brauchte, wenngleich er vielleicht von vornherein wegen eines entdeckten Mangels entschlossen war, die Lieferung dieser Ware nicht als Erfüllung gelten zu lassen. Aus einem solchen, dem Buchstaben des Gesetzes nach berechtigten Verhalten erwachsen aber mehrfache Mißstände.[1])

Einmal wird dem in Ungewißheit gelassenen Verkäufer ungerechtfertigter Weise für eine unnötig lange Zeit die Verfügungsmöglichkeit über die Ware entzogen[2]), sodann wird ihm der Nachweis erschwert, eventuell unmöglich gemacht, daß die Ware doch vertragsmäßig gewesen sei[3]), und schließlich ist der Käufer in der Lage, mit der Ware insofern zu spekulieren[4]), als er entweder sich nachträglich auf Mängel beruft, um vom Vertrage loszukommen, oder umgekehrt bei Ablauf der Verjährungsfrist trotz früheren Entschlusses, abzulehnen, die Ware behalten kann, falls eine günstige Preiskonjunktur ihm Vorteile gewährt.

All dies aber widerspricht in krassester Weise den Zielen eines lebhaften Handelsverkehrs[5]) und drängt daher dort, wo eine Untersuchungspflicht nicht gesetzlich statuiert ist, zur Bildung einer Handelsusance, die den Gedanken des merkantilischen Empfanges zum Ausdruck bringt. Sache der Gesetzgebung ist es dann, diese Idee zum Inhalt einer gesetzlichen Norm zu machen, und in der Tat ist dies auch im Laufe der Zeit in einer großen Anzahl von Staaten mit ausgebildetem Handelsverkehr geschehen, so in Bolivia, Brasilien, Mexiko, Chile, (Österreich-)Ungarn, Italien, Schweiz, Spanien, Portugal und Argentinien.[6])

Unter den europäischen[7]) Staaten hat zuerst Preußen in seinem »Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen

---

[1]) Vgl. Lotholz S. 19.

[2]) Brinckmann S. 301 Anm. 20; Lürmann S. 169; Krüger S. 13 ff.; R. O. H. G. Bd. 1 S. 149, Bd. 11 S. 66, Bd. 11 S. 100, Bd. 14 S. 67, Bd. 15 S. 271, Bd. 12 S. 92.

[3]) Mot. z. Pr. E. S. 141; R. O. H. G. Bd. 10 S. 270, Bd. 14 S. 67.

[4]) Eck S. 161; Goudefroy S. 98, 99; R. O. H. G. Bd. 21 S. 260.

[5]) Stübel S. 406; R. O. H. G. Bd. 52 S. 53.

[6]) Citiert nach Borchardt: Bolivia Art. 329, 330; Brasilien Art. 210, 211; Mexiko Art. 279; Chile Art. 154, 155, 158, 159; Ungarn Art. 346, Italien Art. 70; Schweiz 246; Spanien Art. 336; Portugal Art. 471; Argentinien Art. 472.

[7]) Pr. E. Art. 264.

Staaten« von 1857[1]) jene Handelsusance gesetzlich normiert, und zwar auf Grund der oben[2]) geschilderten Erwägungen.[3])

Als man im nächsten Jahr an den Entwurf eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches heranging, wurde Art. 264 — der preußische Entwurf lag den Beratungen der Kommission zu Grunde — als Art. 347 in das neu zu schaffende Gesetzbuch aufgenommen, allerdings erst nach längeren Debatten.

Vor allem sträubte man sich dagegen, dem Käufer geradezu eine Pflicht zur Untersuchung aufzuerlegen, er sollte vielmehr nur verpflichtet sein, etwa entdeckte Fehler sofort dem Verkäufer anzuzeigen. Die Kommission entschied sich aber doch für eine prinzipielle Untersuchungspflicht[4]) mit Rücksicht auf die naheliegende Gefahr der Spekulation auf Preiskonjunkturen und der Erschwerung des Beweises. Außerdem sei es bereits derart handelsrechtliche Gewohnheit, die Ware zu untersuchen, daß man darin keineswegs ein ungerechtfertigtes Mißtrauen gegen den Verkäufer zu sehen habe.

Ebenso ablehnend wie in dieser Frage verhielt sich die Kommission auch gegen mehrere andere Anträge, von denen drei wegen ihres Interesses für das heutige Recht hervorgehoben sein mögen.

Der eine ging dahin, den Käufer nur dann zur Untersuchung zu verpflichten, wenn auch der Verkäufer Kaufmann sei[5]); ein zweiter Antrag wollte dem Artikel 264 nicht bloß bei Distanz-, sondern auch bei Platzgeschäften Geltung verschaffen[6]), und ein dritter Antrag verlangte Schriftlichkeit der Mängelanzeige.[7])

Alle diese Anträge also fielen, ohne die Fassung des Art. 347 irgendwie zu beeinflussen. Dagegen brachte ein anderer Antrag wenigstens teilweise ein positives Ergebnis.

---

[1]) Die allererste Normierung einer Untersuchungspflicht finde ich im H. G. B. für Bolivia vom Jahre 1834: Art. 329, 330.

[2]) S. 10, 11.

[3]) Mot. z. Pr. E. S. 141.

[4]) P. 643, 644.

[5]) P. S. 645—646.

[6]) P. S. 647—648.

[7]) Von den in diesen drei Anträgen enthaltenen Gedanken haben die beiden ersten im heutigen Recht (H. G. B. § 377) gesetzliche Geltung erlangt, schriftliche Form der Mängelanzeige ist dagegen auch heut nicht erforderlich.

Ein Abgeordneter beantragte nämlich[1]) unter Bezugnahme auf das hamburgische Recht, in welchem diese Bestimmung bereits Geltung habe, mit der Abnahme der Ware nicht nur die durch Untersuchung feststellbaren, sondern auch die sog. verborgenen Fehler als genehmigt gelten zu lassen. Diese Bestimmung werde eine ersprießliche Rechtssicherheit schaffen, da hiermit der Streit, welche Mängel eigentlich »verborgene« seien, bedeutungslos werde; auch erscheine sie nur hart, habe sich aber in Wirklichkeit überall da, wo sie in Geltung sei, durchaus bewährt. Natürlich sei dabei vorausgesetzt, daß der Verkäufer in gutem Glauben gehandelt, also sich in keiner Weise des Betruges schuldig gemacht habe.

Von diesen Ausführungen wurde in der ersten Lesung nichts angenommen[2]), dagegen in der zweiten[3]) der in dem Schlußsatz liegende Gedanke, Wegfall der Rügepflicht bei Arglist des Verkäufers, zum Gesetz erhoben.

Von dem Institut des merkantilischen Empfanges unterschied sich der Inhalt des Art. 347 A. H. G. B. zunächst dadurch, daß er sich nur auf Distanzgeschäfte bezog[4]), nicht auch, wie jenes, auf Platzkäufe.[5])

Ferner galt er nur für Qualitätsmängel[6]), fand dagegen keine Anwendung auf Quantitätsmängel, d. h. bei Lieferung eines Aliud, Plus oder Minus, wenn also eine Ware geliefert wurde, die nicht oder nicht in dieser Quantität bestellt war.[7])

Bei der Neugestaltung des Handelsgesetzbuches wurden »die Vorschriften des bisherigen Art. 347 im Prinzip beibehalten«[8]), und zwar ist dies auch im neuen Recht im wesentlichen mit den oben geschilderten Anforderungen, welche der Handelsverkehr an eine »sichere und rasche Klärung der Verhältnisse«[9]) zu stellen

---

[1]) P. S. 649—651, S. 1384.

[2]) P. S. 649—651.

[3]) P. S. 1384.

[4]) Lürmann S. 171; Brinckmann S. 296.

[5]) Über diesen Begriff vgl. Cosack S. 195.

[6]) Vgl. Lotholz S. 20.

[7]) Diese Frage ist bestritten: Vgl. Gareis-Fuchsberger S. 747 f. Note 108—113. Die Theorie nahm zum Teil an, daß »Rechtslogik sowohl als das Verkehrsbedürfnis« eine Ausdehnung der Rügepflicht auch auf Quantitätsmängel fordere. Die Praxis verhielt sich ablehnend.

[8]) Düringer S. 267.

[9]) Düringer S. 267.

berechtigt ist, zu begründen. Im Hinblick auf die hierdurch entstehenden Vorteile hat man sich selbst durch die ausdrücklich betonte Möglichkeit, daß im Einzelfall die Untersuchungs- und Rügepflicht für den Käufer unliebsame und unbeabsichtigte Härten im Gefolge haben könnte[1]), von der Durchführung des Prinzips nicht zurückhalten lassen.[2])

Unter den des Näheren weiter unten klarzulegenden Voraussetzungen besteht also auch nach neuem Recht eine Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ware und zur Mängelrüge.[3])

Streng genommen ist eine »gesetzliche« Pflicht des Käufers nur die Anzeigepflicht[4]); zwar setzt § 377 Abs. 1 Untersuchungs- und Anzeigepflicht formell gleich, aber da Absatz 2 nur an die Unterlassung der letzteren das Präjudiz der Genehmigung anschließt, ist klar erkennbar, »daß die Untersuchung nicht den Charakter einer der Mängelanzeigepflicht koordinierten Rechtspflicht hat«[5]), sondern daß unzweifelhaft »nur die Mängelanzeige, nicht die Untersuchung gesetzliche Pflicht des Käufers ist.«[6]) Dies wurde auch bereits mehrfach vom Reichsoberhandelsgericht ausdrücklich anerkannt, — teilweise sogar sehr bestimmt! —[7]) und leuchtet auch ohne weiteres ein, wenn man sich die ratio legis vergegenwärtigt.[8]) Die Untersuchungspflicht kommt vielmehr »nur als Grundlage der Mängelanzeigepflicht in Betracht, in dem Sinne, daß der Käufer berechtigt ist, seine Mängelanzeige auf eine Untersuchung der Ware zu stützen.«[9]) Außerdem bietet die Auferlegung derselben dem Gesetzgeber ein willkommenes Mittel[10]), einen den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles möglichst Rechnung tragenden Rahmen für die Anzeigefrist aufzustellen, welche dann mit dem Moment einsetzt, in welchem bei

---

[1]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 15 S. 129.

[2]) Düringer S. 268.

[3]) Insoweit das heutige Recht sich von den Bestimmungen des alten nicht unterscheidet, sind natürlich die Ergebnisse der bisherigen Judikatur (Düringer S. 278) und ebenso der wissenschaftlichen Forschung verwertbar.

[4]) Düringer S. 289; Makower S. 1188; Staub Anm. 11 zu § 377.

[5]) Staub Anm. 11 zu § 377.

[6]) J. W. 1902 S. 425 Nr. 32.

[7]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 5 S. 252, Bd. 13 S. 10.

[8]) Makower S. 1188; Scheer S. 78.

[9]) R. G. Bd. 47 S. 23; Staub Anm. 11 zu § 377.

[10]) Hahn S. 295; Stübel S. 427; Zitelmann S. 86; R. O. H. G. Bd. 12 S. 91, Bd. 13 S. 9.

ordnungsmäßigem Geschäftsgange der Käufer einen etwaigen Mangel der Ware entdeckt haben müßte.

Auf Grund dieser Tatsachen ist der Käufer weder rechtlich verpflichtet, genau zu untersuchen[1]), noch überhaupt eine Untersuchung vorzunehmen.[2]) Die Mängelanzeige ist ohne vorangegangene Untersuchung wirksam[3]), falls nur überhaupt ein Mangel sich zeigt[4]); ebenso genügt eine Anzeige, die sich auf eine flüchtige, unzuverlässige Untersuchung stützt.[5])

Aber es liegt im eigenen Interesse des Käufers, eine Untersuchung, und zwar eine zuverlässige vorzunehmen, denn eine Mängelanzeige, die er »auf gut Glück« vornimmt, kann ihm leicht insofern nachteilig werden, »als, wenn sich bei einer nachträglich vorgenommenen zuverlässigen Untersuchung oder auf anderem Wege eine bessere Beschaffenheit der Ware ergab, er sich dem aussetzt, dem Verkäufer für die diesem etwa entstandenen Unkosten aufkommen zu müssen.«[6]) Außerdem wird schon aus dem Grunde gewöhnlich zu einer Untersuchung geschritten werden müssen, weil die Anzeige wenigstens ungefähr die gerügten Mängel bezeichnen soll[7]), der Käufer aber in der Regel ohne vorauf-gegangene Untersuchung sich nicht »mit Grund, so wie Treu und Glauben im Geschäft es fordert, darüber wird äußern können, ob die gelieferte Ware der Bestellung entspreche oder nicht.«[8]) Ja, erst die »gehörige Untersuchung sichert dem Käufer die Berufung darauf, daß der nachträglich in die Erscheinung getretene Mangel damals nicht erkennbar gewesen sei; der selbständige Wert der Untersuchung ist danach ein prozessualer.«[9])

Im Hinblick auf diesen prozessualen Wert der Untersuchung und die drohende Schadensersatzpflicht wegen unmotivierter Mängelrüge mag man also die Untersuchungspflicht allenfalls als

---

[1]) Gareis-Fuchsberger S. 739 Note 135; Makower 1188.

[2]) Staub Anm. 12 zu § 377; Daesler S. 32; Krüger S. 29.

[3]) Scheer S. 79; R. O. H. G. Bd. 12 S. 92, Bd. 18 S. 204, Bd. 13 S. 10, Bd. 2 S. 236, Bd. 5 S. 252.

[4]) Die Möglichkeit einer derartigen »Mängelanzeige aufs Geratewohl« bestreitet Zitelmann (Zitelmann S. 85) prinzipiell »als der bona fides zuwiderlaufend.« Mit Unrecht, denn nur die formelle Anzeige wird in § 377 Abs. 2 erfordert.

[5]) R. G. Bd. 47 S. 23. Ähnlich: R. O. H. G. Bd. 8 S. 221.

[6]) R. G. Bd. 47 S. 23.

[7]) R. O. H. G. Bd. 5 S. 252.

[8]) Gareis, Disp. S. 102. Vgl. Gareis, Lehrb. S. 365.

[9]) Lehmann Nr. 20 zu § 377.

eine Pflicht des Käufers gegen sich selbst auffassen, aber nie ist sie eine gesetzliche Pflicht; sie besteht mehr indirekt, sie ist, wie Gareis sagt: »eine faktische, aber keine juristische Notwendigkeit.«[1])

Der Zweck der dem Käufer in dieser Weise tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich obliegenden Untersuchungspflicht ist nun der, alle etwa der Ware anhaftenden erkennbaren Mängel festzustellen. Dabei hat man unter erkennbaren Mängeln solche zu verstehen, die bei ordnungsmäßiger Untersuchung hätten entdeckt und demzufolge gerügt werden müssen.[2]) Nur auf diese bezieht sich das Präjudiz der Genehmigung. Dagegen gelten »Mängel, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren, nicht als genehmigt.«[3]) Der angedrohte Rechtsnachteil tritt aber bezüglich aller erkennbaren Mängel ein, die Untersuchung und Rüge hat sich daher auf alle diese Mängel zu erstrecken.[4]) Erkennbare Mängel, welche der Käufer nicht rügt, gelten im allgemeinen als genehmigt[5]), es sei denn, daß sie im Einzelfall ausnahmsweise unter eine Kategorie bereits gerügter Mängel rechnen.[6])

Daß es sich bezüglich der Mängel nur um Sachmängel, physische Mängel der Ware handelt, wurde bereits oben[7]) erwähnt, ist auch ohne weiteres klar, wenn man überlegt, daß »Mängel im Recht« durch eine Untersuchung des Kaufgegenstandes regelmäßig nicht entdeckt werden können.

Was nun das Gesetz unter Sachmängeln versteht, erfahren wir aus dem B. G. B., nach welchem als Sachmängel anzusehen sind »Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern«[8]), und außerdem das Fehlen der »zugesicherten Eigenschaften.«

Die Untersuchung hat sich also nach H. G. B. § 377 Abs. 1 nur auf Qualitätsmängel zu erstrecken, ebenso wie im

[1]) Gareis, Disp. S. 115.

[2]) Düringer S. 289; Hanausek II. S. 61; Römer S. 64 ff.

[3]) Dernburg B. § 189 IV 9. Vgl. H. G. B. § 377 Abs. 3.

[4]) Gareis, Disp. S. 107.

[5]) R. O. H. G. Bd. 5 S. 262; Düringer S. 290.

[6]) R. G. Bd. 18 S. 55. Vgl. R. G. Bd. 38 S. 11. R. O. H. G. Bd. 6 S. 329, Bd. 14 S. 67 ff.

[7]) Vgl. S. 1.

[8]) B. G. B. § 459.

A. H. G. B.[1]) Der dort offenen Streitfrage[2]), ob die Untersuchungs- und Rügepflicht nicht auch auf Quantitätsmängel ausgedehnt werden müsse, hat das H. G. B. ein Ziel gesetzt, indem es[3]) bestimmt: »Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.« Es ist also nach heutigem Recht der Käufer auch bei Lieferung eines Aliud, Plus oder Minus unbestreitbar prinzipiell[4]) zur Untersuchung und Mängelrüge durch die positive Vorschrift des § 378 verpflichtet.[5]) Auf andere Fälle findet H. G. B. 377 dagegen keine Anwendung[6]), so namentlich nicht, wenn überhaupt nichts geliefert (der Wein z. B. aus dem Faß ausgelaufen) ist[7]), oder zu unrechter Zeit, am unrechten Ort, in einer nicht vertragsmäßigen Art und Weise, z. B. statt auf dem Landwege auf dem Seewege.[8])

Die Frage, ob der Käufer Abweichungen vom Preis baldigst rügen müsse[9]), wird man gegen die Ansicht von Gareis-Fuchsberger[10]), welcher hier den Beginn einer Untersuchungspflicht sogar schon vom Empfang der Rechnung an statuieren, verneinen müssen, da »ein höherer Preis kein Sachmangel«[11]) ist; eine »etwa erfolgende Bemängelung des höheren Preises ersetzt daher auch nicht eine etwa außerdem gemäß § 377 erforderliche Anzeige eines Sachmangels.«[12])

---

[1]) Vgl. Staub Anm. 5, 6 zu § 377; Lehmann Nr. 10 ff. zu § 377; Makower S. 1169; Hanausek I. S. 250 ff.; Stübel S. 423 ff.

[2]) Vgl. S. 13 Anm. 7.

[3]) H. G. B. § 378.

[4]) Gareis-Fuchsberger S. 735—737 Note 114 ff.; Staub Anm. 8 zu § 377.

[5]) Über die verschiedenen Fälle, in denen Quantitätsmängel zugleich Qualitätsmängel sein können, also die Untersuchungspflicht direkt aus 377 entspringt, vgl. besonders Staub. Staub Anm. 6 zu § 377.

[6]) Lehmann Nr. 11 ff. zu § 377; Makower S. 1171—1176.

[7]) Busch Bd. 17 S. 288.

[8]) R. G. Bd. 1 S. 21.

[9]) Vgl. Staub Anm. 10 zu § 377; Lehmann Nr. 13; Makower S. 1173.

[10]) Gareis-Fuchsberger S. 736 Note 120.

[11]) Makower S. 1173. Vgl. R. O. H. G. Bd. 1 S. 149, Bd. 2 S. 382, Bd. 6 S. 166.

[12]) Makower 1173.

Also um alle erkennbaren Sachmängel — aber auch nur diese! — aufzufinden, muß der Käufer nach neuem Handelsrecht die Ware untersuchen. Das ist das Ziel und der Zweck der für ihn in H. G. B. § 377 Abs. 1 normierten Untersuchungspflicht.

§ 2.

Die erste Voraussetzung der Untersuchungspflicht: Vorliegen eines Kaufs oder gewisser kaufähnlicher Geschäfte.

In welchem Umfange besteht nun diese Pflicht?

Um diese Frage zu beantworten, wird man zunächst die Voraussetzungen genau feststellen müssen, unter denen die Untersuchungspflicht überhaupt begründet wird, und dann klarlegen, welche Prinzipien die Durchführung der so entstandenen Untersuchungspflicht beherrschen.

Über die Voraussetzungen sagt uns das Gesetz[1]) folgendes: »Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer . . . zu untersuchen.«

Hiernach ist erste Voraussetzung[2]), daß überhaupt ein Kauf — oder auch, was gleich des Näheren zu erörtern ist, ein kaufähnliches Geschäft — vorliegt. Was aber ein Kauf ist, erfahren wir aus dem B. G. B.[3]), nach welchem der Kaufvertrag die Einigung zweier Parteien über den Eigentumsübergang einer bestimmten Sache gegen ein bestimmtes Entgelt — Kaufpreis — ist.

Dieser Kauf muß, um die Untersuchungspflicht mitbegründen zu können, auch wirklich vorliegen[4]): das Kaufgeschäft muß perfekt sein, d. h. die für das Wesen des Kaufes als eines Vertrages notwendige Willenseinigung der Parteien[5]) — über Ware und Preis — muß bereits erfolgt sein.

Schon hieraus folgt, daß die Zusendung unbestellter Ware[6]) für sich allein eine Untersuchungspflicht des Empfängers nie be-

---

[1]) H. G. B. § 377 Abs. 1.
[2]) Vgl. Gareis, Lehrb. S. 521.
[3]) B. G. B. § 433 Abs. 1.
[4]) Düringer S. 269.
[5]) B. G. B. §§ 151, 433; Steinbrüchel S. 353.
[6]) Nach Staub (Staub, Exkurs vor 373 Anm. 4): Lieferungsvertrag.

gründen kann[1]), da ja überhaupt noch kein Kauf vorliegt, sondern vorläufig nur eine Offerte.[2]) Erst wenn der Empfänger das Angebot ausdrücklich oder durch konkludente Handlung angenommen hat[3]), ist der Kauf perfekt geworden und damit diese erste Vorbedingung zum Entstehen der Untersuchungspflicht gegeben. Was als konkludente Handlung anzusehen ist, muß nach Lage jedes einzelnen Falles besonders entschieden werden.

Daran ist festzuhalten, daß erste Bedingung für das Entstehen der Untersuchungspflicht des § 377 H. G. B. das Perfektsein des Kaufvertrages ist, bei Zusendung unbestellter Ware also »der Käufer keinesfalls früher zu untersuchen braucht, ... als bis er sich über das Behalten der Ware schlüssig gemacht hat, und der Kauf zu stande gekommen ist.«[4])

Indem das Gesetz nur vom »Kauf« schlechtweg spricht, meint es natürlich, daß H. G. B. § 377 auch bei den besonderen Arten des Kaufes, »Kauf nach Probe oder nach Muster und Kauf auf Probe oder auf Besicht« Anwendung findet[5]); natürlich muß bei einem solchen »suspensiv bedingten Kauf die Suspensivbedingung eingetreten sein, bei Kauf auf Probe also die Billigung des Käufers stattgefunden haben«[6]), bevor die Untersuchungspflicht entstehen kann.

Um diese Pflicht zu begründen, muß ein gültiger Kauf vorliegen. Wenn aber Abs. 1 des § 377 H. G. B. den »Kauf« als Vorbedingung nennt, so ist damit weder lediglich der reine Kauf des B. G. B. noch der des H. G. B. gemeint, sondern da beide Gesetzbücher ihre Bestimmungen über den Kauf teilweise auch auf andere Rechtsgeschäfte ausdehnen, so sind auch diese sogenannten kaufähnlichen Verträge fähig, — beim Vorhandensein der übrigen Bedingungen die Voraussetzung für die Entstehung der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht zu bilden.

Was erstens das B. G. B. anlangt, so erklärt dasselbe[7]) zunächst die Vorschriften (des B. G. B.) über den Kauf als auch

---

[1]) Vgl. Steinbrüchel S. 353 ff.; Düringer S. 269; R. O. H. G. Bd. 10 S. 144; J. W. 1900 S. 297 Nr. 15.

[2]) Zitelmann S. 101.

[3]) Cosack S. 186; Steinbrüchel S. 354.

[4]) Düringer S. 269. Abweichend: Hanausek I. S. 216 Note 3.

[5]) Stübel S, 408; B. G. B. § 494; B. G. B. §§ 495, 496; Denkschrift S. 224.

[6]) Lehmann Nr. 7 zu § 377. Vgl. R. O. H. G. Bd. 10 S. 144.

[7]) B. G. B. § 515.

auf den Tausch für anwendbar. Da nun der Kauf die Untersuchungspflicht des § 377 H. G. B. — neben anderen Voraussetzungen! — im Gefolge haben kann, so wird man also der herrschenden Ansicht nach[1]) auch den Tausch im Wege der Analogie prinzipiell für geeignet halten müssen, diese Verpflichtung zu begründen, denn nur ganz vereinzelt spricht sich eine Entscheidung dahin aus, »daß die Bestimmungen des Art. 347 A. H. G. B. nach ihrem Wortlaut und nach ihrer Einreihung des Artikels 347 A. H. G. B. im 4. Buch 1. Titel sich nur auf Handelskäufe beziehen.«[2]) Wortlaut und Plazierung des Art. 347 beziehungsweise des jetzigen § 377 können für sich allein keinen triftigen Grund abgeben, die Entstehung der Untersuchungspflicht auf das Vorliegen eines Kaufes zu beschränken. Werden übrigens nicht lediglich Waren getauscht, sondern zwar »von beiden Kontrahenten Waren hingegeben, aber die Leistung jeden Teils zu Geld angeschlagen und festgesetzt, so daß entweder die Preise sich gleichstehen oder der eine Teil dem andern zur Ausgleichung noch eine Zahlung macht oder verspricht — der Fall des sogenannten uneigentlichen Barattogeschäfts —, so liegen ohnehin zwei Kaufgeschäfte vor.«[3])

Es kann somit wohl als erwiesen gelten, daß auch beim Tausch die kaufmännische Rügepflicht entstehen kann, und zwar entsteht sie dann gleich auf beiden Seiten, da beide Kontrahenten gleichzeitig als Verkäufer und — was hier das Wesentliche ist! — als Käufer gelten.

Ebenso wie der Tausch ist auch derjenige Werklieferungsvertrag, bei welchem sich der Unternehmer verpflichtet, aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe eine vertretbare Sache herzustellen, zur Begründung der Untersuchungspflicht fähig. Denn auf diesen Vertrag finden nach ausdrücklicher Vorschrift des § 651 Satz 2 sämtliche Regeln des B. G. B. über den Kauf analoge Anwendung.[4]) Und mit vollem Recht, denn dieser Werklieferungsvertrag ist, »wie im gemeinen Recht, ein reiner Kauf.«[5])

---

[1]) Vgl. Makower S. 1071; Staub, Exkurs vor 377 Fußnote 2; Lehmann Nr. 5 zu § 377; Stübel S. 409.

[2]) Adler-Clemens Bd. 9 Nr. 1574.

[3]) Lehmann Nr. 5 zu 377; R. O. H. G. Bd. 5 S. 419 ff.

[4]) Düringer S. 323; Stübel S. 409; Riezler S. 65.

[5]) Riezler S. 65.

Im Gegensatz hierzu können »Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind«[1]), z. B. Verpfändungsverträge[2]), nie eine solche Verpflichtung begründen. Zwar sind auch sie teilweise dem Kauf gleichgestellt[3]), aber eben nur teilweise: nur »die Vorschriften der §§ 433—444 finden auf sie entsprechende Anwendung.« Deren Inhalt aber betrifft nicht die — erst § 459 ff. behandelten — Sachmängel, welchen nachzuspüren das Ziel der Untersuchung ist.[4]) Auch § 493 B. G. B. erklärt nur die Pflichten des Verkäufers wegen Mängeln der Sache für anwendbar.

Auch beim Viehkauf trifft den Käufer selbst beim Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen nicht die Untersuchungspflicht des § 377 H. G. B., wenigstens nicht im vollen Umfange.

Nach älterem Recht allerdings war es mindestens bestritten, ob der Viehkauf nicht vollständig unter die Vorschriften des Handelskaufs falle. Während die Theorie größtenteils schon damals den heutigen Standpunkt vertrat und die Frage verneinte[5]), erging die Rechtsprechung des R. O. H. G. jedenfalls in bejahendem Sinne.[6])

Nach neuerem Recht ist eine Untersuchungspflicht des Käufers beim Viehkauf jedenfalls nur dann als begründet anzusehen[7]), wenn »eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.[8])

Im übrigen aber — bei den eigentlichen Sachmängeln — ist die Frage zu verneinen, da das B. G. B.[9]) hier ausdrücklich eine bestimmte Frist — von zwei Tagen — für die Untersuchungs- und Rügepflicht festsetzt; denn gerade »aus dieser speziellen An-

---

[1]) B. G. B. § 445.
[2]) Makower S. 1071.
[3]) B. G. B. § 445.
[4]) Vgl. S. 16.
[5]) Lehmann Bemerk. zu § 382.
[6]) R. O. H. G. Bd. 25 S. 232—236. Vgl. die Litteratur bei Stübel S. 413.
[7]) Stübel S. 414; Düringer S. 335; Makower S. 1243; Lehmann Bem. zu § 382.
[8]) H. G. B. § 378.
[9]) B. G. B. § 485.

zeigepflicht im Viehhandel folgt, daß das Gesetz nicht auch noch die handelsrechtliche wollen kann.«[1])

Tausch, Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen und Viehhandel im Fall der Lieferung eines Aliud, Plus oder Minus können demnach die Untersuchungspflicht des § 377 H. G. B. auf Grund der Bestimmungen des B. G. B. hervorrufen[2]); einige andere »kaufähnliche Verträge« vermögen dies andererseits kraft positiver Vorschrift des H. G. B. selbst.

Nach H. G. B.[3]) finden zunächst die Bestimmungen des Gesetzbuches über den Kauf dann Anwendung, »wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist.«[4]) Im B. G. B. ist dieser Werklieferungsvertrag allerdings nur teilweise den Rechtssätzen über den Kauf unterstellt[5]), das H. G. B. hat ihn aber allen »in diesem Abschnitt getroffenen Vorschriften« unterworfen[6]), weil »ein sachlicher Grund, diese Vorschriften nur bei der Herstellung vertretbarer Sachen Platz greifen zu lassen, nicht bestehe.«[7]) Damit ist natürlich gesagt, daß auch der »in diesem Abschnitt« stehende § 377 in Anwendung kommt, und demgemäß also auch ein solcher Werklieferungsvertrag Voraussetzung der Untersuchungspflicht des § 377 werden kann[8]), sofern er nur auch die sonstigen Vorbedingungen erfüllt.

Daß dieser Werklieferungsvertrag durch die Vorschrift des § 381 Abs. 2 »ein Handelskauf ist«, also die rechtliche Natur des Handelskaufs erlange, wie Staub und Endemann[9]) behaupten, ist von anderer Seite mit Recht bestritten worden.[10]) Die Bestimmung des § 381 Abs. 2 ändert vielmehr an seinem Wesen als Werklieferungsvertrag des B. G. B. nichts, sondern erklärt nur die in dem Abschnitt über Handelskauf für den Kauf von

---

[1]) Düringer S. 335.

[2]) Für den Viehkauf läßt sich die Untersuchungspflicht nur mehr mittelbar aus dem B. G. B. herleiten.

[3]) H. G. B. § 381 Abs. 2.

[4]) B. G. B. § 651 Satz 2.

[5]) Riezler S. 67.

[6]) Düringer S. 323.

[7]) Denkschrift S. 228.

[8]) Düringer S. 334.

[9]) Staub, Exkurs vor 373 Anm. 6; Endemann B. § 175 Anm. 19.

[10]) Vgl. Düringer S. 333; Makower S. 1241; Lehmann Nr. 3 ff. zu 373.

Waren getroffenen Vorschriften ausdrücklich als auf ihn anwendbar.[1])

Wie der eben besprochene Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, so hat — gleichfalls kraft positiver Vorschrift des H. G. B.[2]) — auch die Erteilung einer Einkaufskommission[3]), und zwar in vollständigem Gegensatz zum bisherigen Recht[4]), die Wirkung, eine Untersuchungspflicht des Kommittenten im Sinne des § 377 Abs. 1 zu erzeugen.[5])

Dagegen hat das H. G. B., was den eigentlichen Werkvertrag anlangt[6]), es nicht für angezeigt erachtet, auch auf diesen Fall einzelne Rechtssätze vom Handelskauf für anwendbar zu erklären.[7]) Es gelten hier nur die Vorschriften des B. G. B.[8]), welche dem Besteller keinerlei Untersuchungspflicht auferlegen. Die Denkschrift[9]) begnügt sich mit einem Hinweis darauf, daß man bei der Beurteilung eines solchen Vertrages Treu und Glauben im Handelsverkehr und etwaige Handelsgebräuche berücksichtigen solle. Damit ist für dieses Gebiet der Ausbildung von Handelsgebräuchen ein weiter Spielraum überlassen. Tatsächlich hat sich auch, wie die Praxis anerkennt[10]), für den Fall der Sachherstellung ein Handelsgebrauch herausgebildet, welcher auch beim Werkvertrag rechtzeitige Untersuchung und Mängelrüge verlangt, so daß im praktischen Resultat auch der Werkvertrag — trotz Fehlens jeder gesetzlichen Vorschrift — die kaufmännische Untersuchungspflicht begründen kann. Prinzipiell aber besteht hier eine solche Pflicht nicht.

Aus der Bedingung, daß der Kauf perfekt sein muß, folgt übrigens noch[11]), daß weder bei einem nichtigen noch bei einem bereits angefochtenen Kauf von einer Untersuchungspflicht die Rede sein kann, da ein nichtiges Rechtsgeschäft keine Ansprüche aus Sachmängeln zu begründen vermag.

---

[1]) Düringer S. 333.
[2]) H. G. B. § 391.
[3]) Lehmann Nr. 1 zu § 391; Cosack S. 230.
[4]) Vgl. Stübel S. 410; R. O. H. G. Bd. 25 S. 214.
[5]) Vgl. Lehmann Nr. 2 ff. zu § 391; Staub Anm. 2—4 zu § 391.
[6]) Makower S. 1072.
[7]) Denkschrift S. 228.
[8]) Busch Bd. 18 S. 87; R. G. Bd. 25 S. 90.
[9]) Denkschrift S. 228.
[10]) R. G. Bd. 25 S. 91, 92; J. W. 1901 S. 39 Nr. 16.
[11]) Lehmann Nr. 8 zu § 377.

§ 3.

Das Wesen des Handelskaufs.

Immer natürlich müssen auch die »kaufähnlichen Verträge« den sonstigen Voraussetzungen zum Entstehen der Untersuchungspflicht in gleicher Weise entsprechen wie der Kauf.

Dazu gehört vor allen Dingen, daß ein solcher Kauf oder ein solches für geeignet erklärtes Rechtsgeschäft den Anforderungen genügt, welche das Gesetz an einen »Handelskauf« stellt.

Was den Handelskauf von dem gewöhnlichen Kauf unterscheidet, ist ein Doppeltes[1]): Er muß erstens Waren oder Wertpapiere betreffen, sodann »Handelsgeschäft« sein.

Ein Handelskauf muß Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande haben.[2])

Daß dem so ist, ergibt sich unzweifelhaft aus folgenden Erwägungen[3]): Von den zehn[4]) Paragraphen des H. G. B., welche den Handelskauf betreffen, sprechen zwei[5]) überhaupt nicht von dem Gegenstande des Handelskaufes. Sechs[6]) andere Paragraphen bezeichnen als mögliches Objekt des Handelskaufes stets nur die »Ware« und die beiden[7]) übrig bleibenden die in H. G. B. § 1 Abs. 2 ausdrücklich in dieser Beziehung dem engern Begriff »Ware« gleichgesetzte »bewegliche Sache.«

Im ersten Abschnitt des letztgenannten Paragraphen werden schließlich betreffs der Vorschriften über den Kauf die Wertpapiere den Waren (als Kaufobjekte) gleichgestellt, und, da dies ganz ausdrücklich geschieht, damit alle andern Objekte, die in Betracht kommen könnten, z. B. Rechte, Grundstücke oder Vermögensganze stillschweigend für ungeeignet erklärt, Gegenstand eines Handelskaufs zu sein.[8]) Dieser muß sich vielmehr immer auf Waren oder Wertpapiere beziehen.

---

[1]) Denkschrift S. 214; Makower S. 1070; Staub Exk. vor § 373 Anm. 2; Cosack S. 185.

[2]) Denkschrift S. 214.

[3]) Makower S. 1071.

[4]) H. G. B. §§ 373—382.

[5]) H. G. B. §§ 374, 382.

[6]) H. G. B. §§ 373, 376—380.

[7]) H. G. B. § 375, 381 Abs. 2.

[8]) Vgl. B. G. B. §§ 433, 310, 311; Staub Exk. vor 373 Anm. 2; Cosack S. 185.

Aber weder von dem einen noch von dem andern Begriff gibt das H. G. B. eine Definition. Die Denkschrift[1]) versteht unter »Waren im Sinne des Gesetzbuchs alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können«, und fügt hinzu, daß darunter »an sich alle Arten beweglicher Sachen« gerechnet werden müßten.

Diese Definition ist auch von der Praxis anerkannt und in der Theorie allgemein üblich.[2]) Natürlich sind alle Arten der beweglichen Sache erst dann als Ware anzusehen, »wenn mit ihr Handelsgeschäfte geschlossen werden sollen.«[3])

Der Ware werden durch H. G. B. § 381 hinsichtlich der Fähigkeit, Gegenstand eines Handelskaufs zu sein, die Wertpapiere gleichgestellt. Als solche bezeichnet die Denkschrift[4]) »Papiere, die ihrer Natur nach, mit Rücksicht auf ihre erleichterte Übertragbarkeit als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen können»[5]), also z. B. Wechsel, Aktien, Kuxe, Konnossement, Lagerschein, Bodmereibrief, Grundschuldbrief auf den Inhaber. Es handelt sich nur um Papiere, die als solche den Gegenstand des Kaufes bilden, bei denen also »der Erwerb des Rechts aus dem Papiere den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechts an dem Papiere folgt.[6])

Gegenstand eines Handelskaufes können mithin nur Waren oder Wertpapiere sein. Aus dem Begriff der Ware ergibt sich[7]), daß der Kauf unterschiedlos vertretbare oder nicht vertretbare Sachen betreffen kann[8]), aus dem Begriff der Wertpapiere, daß der Kauf ein Gattungs- oder ein Spezieskauf sein kann: ein Kauf von Wertpapieren wird sich meist als Gattungskauf charakterisieren.

Doch nicht jeder Kauf, welcher lediglich Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, ist schon deshalb ein Handelskauf. Um ihm diesen Charakter zu geben, muß, wie schon erwähnt[9]),

---

[1]) Denkschrift S. 13.
[2]) Vgl. R. G. Bd. 26 S. 43 ff.; Endemann H. II S. 7.
[3]) Lehmann Nr. 44 zu § 1.
[4]) Denkschrift S. 13.
[5]) Vgl. R. G. Bd. 26 S. 43 ff.; Endemann H. II S. 7.
[6]) Denkschrift S. 228.
[7]) Lehmann Nr. 6.
[8]) Vgl. hierzu auch S. 11 ff.
[9]) Vgl. S. 24.

ein zweites Moment hinzutreten: er muß »Handelsgeschäft« sein. Dieses Erfordernis will der Gesetzgeber damit aufstellen[1]), daß er das Institut des Handelskaufs als Unterabteilung des Abschnitts »Handelsgeschäfte« behandelt und damit unter diesen Begriff bringt.

Handelsgeschäfte sind nach H. G. B. »alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.« Die Streitfrage, ob man in dieser Definition unter dem Ausdruck »Geschäfte« nur »Rechtsgeschäfte« oder »Geschäfte jeder Art« zu verstehen habe[3]), ist für uns belanglos, da der Kauf stets Rechtsgeschäft ist.

Um nun Handelsgeschäft zu sein, muß also der Kauf sich als Rechtsgeschäft eines Kaufmanns darstellen und zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.[4]) Kaufmann aber im Sinne des H. G. B.[5]) ist, »wer ein Handelsgewerbe betreibt.« Welche von beiden Parteien bei zweiseitigen Handelsgeschäften die Kaufmannseigenschaft hat, oder ob sie dieselbe beide haben, ist für die Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliegt, gleichgültig: es genügt, daß auch nur einer der beiden Vertragschließenden Kaufmann ist.[6]) Aber dieser Kauf des Kaufmanns muß zu dem Betriebe seines, d. h. des in seinem Namen geführten Handelsgewerbes gehören, wobei wohl zu beachten ist, daß das Wort »Handelsgewerbe« in H. G. B. § 373 unstreitig in seiner weitesten Bedeutung gefaßt ist, wie ja auch die Protokolle[7]) sich dahin aussprechen, »daß das Gewerbe eines Kaufmanns handelsrechtlich nicht auf eine gewisse Gattung von Handelsgeschäften beschränkt werden könne.« Für die Betriebszugehörigkeit stellt § 344 H. G. B. die gesetzliche Vermutung auf, daß »die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig« zu gelten haben.[8]) Aber diese Rechtsnorm »wirkt nur im Zweifel, d. h. soweit nicht das Gegenteil aus den Umständen hervorgeht; es ist keine sogenannte prae-

[1]) Makower S. 1071. Vgl. Denkschrift S. 214.

[2]) H. G. B. § 343; Denkschrift S. 215.

[3]) Man wird sie ohnehin in ersterem Sinne entscheiden müssen.

[4]) H. G. B. § 343.

[5]) H. G. B. § 1.

[6]) Makower S. 1071; Staub Exk. vor § 373 Anm. 3.

[7]) P. S. 544 S. 1297.

[8]) Vgl. Goldschmidt S. 671; Hahn S. 49; Endemann H. Bd. 1 S. 85, 86; R. G. Bd. 19 S. 123.

sumtio iuris et de iure, sondern nur eine praesumtio iuris.«[1]) Daher ist diese Vermutung auch widerlegbar, allerdings nur durch den strikten Nachweis, daß das fragliche Geschäft zweifellos »seiner Natur oder seinem Gegenstande nach kein Handelsgeschäft ist oder nicht zum Handelsgeschäft gehört.«[2]) Bei bloßer Möglichkeit greift die Vermutung nicht Platz.[3])

§ 4.

Das Erfordernis des beiderseitigen Handelkaufs.

Gehört also ein Rechtsgeschäft eines Kaufmanns zum Betriebe seines Handelsgewerbes, so ist es ein Handelsgeschäft; charakterisiert sich nun dieses als ein Kauf oder eines der oben[4]) dem Kauf gleichgestellten kaufähnlichen Rechtsgeschäfte, das Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, so haben wir es mit einem Handelskauf zu tun. Ein solcher aber muß nach H. G. B.[5]) vorliegen, um überhaupt das Entstehen der Untersuchungspflicht des Käufers möglich zu machen.

Doch genügt hierzu nach neuem Recht nicht jeder Handelskauf, der es dadurch geworden ist, weil einer der Vertragschließenden bei Abschluß des Geschäfts Kaufmannseigenschaft besaß. Denn H. G. B. § 377 Abs. 1 stellt die Anforderung: »Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft . . .«

Demnach müssen beide Parteien, Käufer wie Verkäufer, »Kaufleute« sein.

Diese bewußte Abweichung des neuen Rechts vom alten Handelsgesetzbuch, welches die Untersuchungspflicht auch beim einseitigen Handelskauf dem Käufer auferlegte[6]), ist, wie man der Denkschrift[7]) entnehmen kann, mehr im Interesse der Konsequenz des Gesetzes als eines Kaufmannsrechtes, sowie mit Rücksicht auf den kaufenden Privatmann als aus Gründen der Zweckmäßigkeit vorgenommen worden.

---

[1]) Anschütz-Völderndorff, Bemerk. zu 274 Abs. 1.

[2]) Gruchot Bd. 33 S. 1044.

[3]) Vgl. Striethorst Bd. 67 S. 43, Bd. 74 S. 221; R. O. H. G. Bd. 4 S. 50 ff., Bd. 14 S. 50, Bd. 13 S. 313; R. G. Bd. 26 S. 20.

[4]) Vgl. S. 22, 23.

[5]) H. G. B. § 377 Abs. 1.

[6]) A. H. G. B. Art. 347 Abs. 1.

[7]) Denkschrift S. 224.

Die Erwägungen, welche hierzu geführt haben, mögen ihrer außerordentlichen Wichtigkeit wegen, die sie für die ganze Frage der Zweckmäßigkeit besagter Änderung haben, hier wörtlich folgen:

»Wenn das B. G. B.«, sagt die Denkschrift[1]), »den Käufer, weil er häufig nicht die nötige Sachkunde und Erfahrung hat, zur sofortigen Untersuchung der Ware nicht verpflichtet, so darf auch im H. G. B. nicht einem Käufer, der nicht Kaufmann ist, eine solche Verpflichtung bloß deshalb auferlegt werden, weil er von einem Kaufmann gekauft hat: hierdurch würde das kaufmännische Interesse in zu einseitiger Weise berücksichtigt. Der Gegengrund, daß auch der Händler, welcher unmittelbar an den Konsumenten verkauft, von den Mängeln der verkauften Ware unverzüglich Kenntnis erhalten müsse, um seinerseits rechtzeitig seinen Verkäufer in Anspruch nehmen zu können, ist nicht durchgreifend, zumal ein solcher Händler häufig vom eigenen Lager verkauft und deshalb ohnehin wegen der von dem Kunden gerügten Mängel keinen Rückgriff mehr hat.«

Die Bestimmung, daß nur beim beiderseitigen Handelskauf fortan die handelsrechtliche Untersuchungs- und Rügepflicht eintreten solle, wurde durchgeführt, trotzdem man vom Standpunkt der Opportunität darauf aufmerksam machte[2]), daß dadurch die angestrebte Sicherheit und rasche Klärung der Verhältnisse des Handelsverkehrs zu einem guten Teil illusorisch gemacht werde, indem in allen den Fällen, in denen der Käufer Nichtkaufmann sei, der verkaufende Kaufmann nach wie vor im Unklaren darüber bleibe, ob das Geschäft ordnungsmäßig zu stande gekommen sei oder nicht.

Trotz dieser unter allen Umständen sehr gewichtigen Einwendung hat der Gesetzgeber doch die Rügepflicht auf den Fall des beiderseitigen Handelskaufs zu beschränken für gut befunden; in ihrer Wirkung abgeschwächt wird diese strenge Einengung des Gebiets jener Pflicht allerdings durch die Tatsache, daß im neuen Recht nach Wegfall der Bestimmung des Art. 273 Abs. 3 die Realisationsverkäufe der Handwerker als Handelsgeschäfte gelten[3]) und somit der Kreis der beiderseitigen Handelskäufe — und dementsprechend der Untersuchungs- und Rügepflichtigen — ohnehin wesentlich erweitert ist.

---

[1]) Denkschrift S. 224.

[2]) Vgl. Düringer S. 268.

[3]) Vgl. Düringer S. 268; Cosack S. 42.

Doch es mag vorläufig[1]) ganz dahingestellt bleiben, ob und inwieweit das Erfordernis des beiderseitigen Handelskaufs berechtigt und zweckmäßig ist; jedenfalls steht es fest, daß nach neuem H. G. B., wenn den Käufer eine Untersuchungspflicht treffen soll, beide Parteien »Kaufmann« sein müssen.

Und zwar ist die Redewendung »für beide Teile« dahin zu deuten, daß nicht bloß auf jeder Seite mindestens ein Kaufmann -- neben vielleicht einem oder mehreren Nichtkaufleuten — kontrahieren muß, um dem Kauf den Charakter eines beiderseitigen Handelskaufs zu geben, sondern daß vielmehr alle an dem Kauf beteiligten Kontrahenten, so viel ihrer auf der einen oder anderen Seite stehen mögen, Kaufleute im Sinne des H. G. B. sein müssen. Fehlt auch nur einem einzigen aller Kontrahenten diese Eigenschaft, so liegt zwar immerhin ein Handelskauf vor, aber kein »beiderseitiger«, wie ihn H. G. B. § 377 Abs. 1 für das Entstehen der Untersuchungspflicht fordert.

Es ist nun zwar unbestritten, daß in dem Fall des einseitigen Handelskaufs § 377 nicht zur Anwendung kommen kann. Ob aber ein solcher Fall dann einfach nach den allgemeinen Vorschriften des B. G. B. beurteilt werden, oder ob man hierfür durch Kombinieren der einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. mit entsprechenden des H. G. B. besondere Normen aufstellen müsse, ist streitig.

Staub[2]), der diese letztere Ansicht vertritt, sucht aus der Entwickelung des § 377 nachzuweisen, daß man beim einseitigen Handelskauf »nicht lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts anzuwenden habe«[3]), sondern »daß das Prinzip, welches § 377 für den zweiseitigen Handelskauf aufstellt, auch für einseitige Handelskäufe, wenn auch in abgeschwächter Weise, gelten müsse.«

Demgegenüber geht die herrschende Ansicht[4]) dahin, daß ein solcher Kauf grundsätzlich wie ein Kauf unter Nichtkaufleuten zu behandeln sei, also gemäß den Bestimmungen des B. G. B.[5]) Wenn nun allerdings im speziellen Falle diese »auch bei einseitigem

---

[1]) Über eine weitere Würdigung dieser Frage vgl. S. 53—59.

[2]) Staub Anm. 154—157 zu § 377. Ebenso: Krüger S. 23 ff.

[3]) Vgl. Staub Anm. 154.

[4]) Vgl. Makower S. 1164; Lehmann Nr. 9 zu § 377; Lehmann in Z. f. H. Bd. 52, S. 24 Anm. 36; Hoffmann S. 35; R. G. B. 49 S. 159, 160.

[5]) Vgl. Makower S. 914.

Handelskauf eine Untersuchungs- und Rügepflicht angezeigt erscheinen lassen«[1]), wozu eine notwendige Berücksichtigung der Handelsgewohnheiten und -gebräuche führen kann, so ist dies lediglich eine Konsequenz der Vorschriften des B. G. B., keineswegs aber eine Konzession an das Handelsrecht.[2]) Grundsätzlich — daran ist festzuhalten! — unterliegt vielmehr ein solcher Kauf einzig und allein den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts.[3])

Diesen Ausführungen wird man sich gegen die fast vereinzelte Ansicht von Staub anschließen müssen, wenngleich zuzugeben ist, daß auch beim einseitigen Handelskauf die handelsrechtlichen Anschauungen eine wenn auch nicht unverzügliche, so doch alsbaldige Untersuchungs- und Rügepflicht angezeigt erscheinen lassen.[4])

Also beim einseitigen Handelskauf kann eine Untersuchungspflicht des Käufers nur nach Maßgabe des B. G. B. unter Berücksichtigung herrschender Verkehrssitten bestehen. Natürlich müßte sie wie jede Verkehrssitte, auf die sich eine der Parteien beim einseitigen Handelskauf beruft, besonders nachgewiesen werden.[5])

Daß alle Kontrahenten beim beiderseitigen Handelskauf die Kaufmannseigenschaft zur Zeit des Kaufabschlusses haben, ist also für die Entstehung der Untersuchungspflicht erforderlich, aber auch ausreichend. Tritt demnach z. B. durch Erbfall ein Nichtkaufmann in die Rechte und Pflichten des Käufers ein, so ist er zur Untersuchung und Mängelrüge aus § 377 verpflichtet, obwohl er selbst Kaufmannseigenschaft nicht hat.

Hier kann demnach auch nach heutigem Recht der Fall eintreten, daß einen Nichtkaufmann geradezu aus H. G. B. § 377 die vom Gesetz grundsätzlich nur dem Kaufmann auferlegte Untersuchungspflicht trifft.

---

[1]) Lehmann Nr. 9 zu § 377 Anm. 1.

[2]) Lehmann Nr. 9 zu § 377 Anm. 1.

[3]) Krüger (Krüger S. 24) geht entschieden zu weit, wenn er als sicher annimmt, daß mindestens für den kaufenden Kaufmann hier eine Untersuchungspflicht nach dem Prinzip von Treu und Glauben grundsätzlich besteht.

[4]) Lehmann Nr. 9 zu § 377 Anm. 1.

[5]) Makower S. 1165. Vgl. R. G. Bd. 49 S. 162.

§ 5.

Die Ablieferung der Ware.

Das ist aber die einzige Ausnahme; im übrigen verpflichtet grundsätzlich § 377 Abs. 1 nur, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, den Käufer dazu, die Ware zu untersuchen, und zwar: nach der Ablieferung.

Hiermit ist das Entstehen der Untersuchungspflicht von der weiteren Voraussetzung abhängig gemacht, daß die Ware abgeliefert sei. Diese Bedingung erscheint auf den ersten Blick als sehr selbstverständlich und daher höchst überflüssig; sie ist es aber nicht, da es häufig sehr fraglich erscheint, ob eine Ware bereits als abgeliefert und demzufolge die Untersuchungspflicht als schon begründet zu gelten hat. Denn der Begriff der Ablieferung ist ein sehr unbestimmter und umstrittener.

Im folgenden soll nachgewiesen werden, daß man unter Ablieferung zu verstehen habe

> denjenigen tatsächlichen Vorgang, durch welchen der Verkäufer unter Aufgabe seines Gewahrsams den Käufer mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung in Erfüllung des zwischen beiden bestehenden Kaufvertrages in die Lage versetzt, über die Ware zu verfügen und sie auf ihre Beschaffenheit hin ordnungsmäßig zu prüfen.

Daß die Ablieferung kein Rechtsgeschäft, sondern ein tatsächlicher Vorgang ist, wird wiederholt ausdrücklich hervorgehoben und ist von keiner Seite bestritten.[1])

Dagegen herrscht Meinungsverschiedenheit darüber, ob der Verkäufer seinen Gewahrsam, den »unmittelbaren Besitz der Ware« aufgeben, sie »aus seiner Verfügungsgewalt entlassen« muß, um eine Ablieferung überhaupt in die Wege zu leiten.[2])

Die Frage läuft darauf hinaus, ob ein bloßes Übergabeangebot des Verkäufers schon als erfolgte Ablieferung anzusehen sei.

Die herrschende Meinung[3]) verneint die Frage prinzipiell: erst dann liege in solchem Fall Ablieferung vor, wenn der Käufer

---

[1]) Vgl. Düringer S. 270; Hanausek II. S. 32 Anm. 6; Leyen S. 89; Stübel S. 417; R. G. Bd. 5 S. 31.

[2]) Dafür: Lehmann Nr. 24 zu § 377; Staub Anm. 16 zu § 377; Düringer S. 270; Hanausek S. 32 Anm. 6; R. G. Bd. 5 S. 31; Bolze Bd. 16 S. 416; J. W. 1899 S. 772 Nr. 15.

[3]) Vgl. Makower S. 1167; R. G. Bd. 5 S. 32; R. O. H. G. Bd. 15 S. 55; Bolze Bd. 8 Nr. 487, Bd. 19 Nr. 535; Z. f. H. Bd. 12 S. 253; Hanausek II. S. 34.

die ihm gemachte Traditionsofferte genehmige und Verkäufer daraufhin den Besitz aufgebe.

Der abweichenden Ansicht vermag ich nicht beizustimmen[1]), denn einerseits erscheint es mir unlogisch, in einer bloßen Offerte bereits die Tatsache selbst sehen zu wollen, andererseits könnte, falls diese Theorie richtig wäre, dem Käufer nicht das — selbst von Dernburg anerkannte — Recht zustehen, »durch Annahmeweigerung das Zustandekommen der Ablieferung zu verhindern.«[2]) Daher glaube ich mich der ersten Ansicht anschließen zu können, daß das bloße Anerbieten, den Besitz aufzugeben, noch keine Ablieferung ist, zu diesem Begriff vielmehr die reelle Aufgabe des Besitzes gehört.

Ob dieses Aufgeben des Gewahrsams ein streng einseitiger Akt des Verkäufers ist oder ob dazu eine gewisse Mitwirkung des Käufers erforderlich sei, ist gleichfalls streitig. Es treten hauptsächlich drei Ansichten hervor. Die Einen[3]) sind der Meinung, daß keinerlei Mitwirkung des Käufers nötig sei; im Gegensatz hierzu steht andererseits die Praxis teilweise[4]) auf dem Standpunkt, die Ablieferung sei geradezu ein »zweiseitiger Akt.« Eine dritte Ansicht[5]) hält sich in der Mitte und faßt »die Aufgabe des Gewahrsams« nur insofern als einseitigen Akt auf, als »es genügt, wenn der Käufer mit der vom Transporteur vollzogenen Aufgabe des Gewahrsams einverstanden war.«[6]) Diese Ansicht ist die in der Theorie unbedingt vorherrschende, wie sich auch fast die ganze Rechtsprechung[7]) in Übereinstimmung mit ihr befindet: ihr kann man sich auch unbedenklich anschließen. Die Aufgabe des Gewahrsams ist also nur insofern einseitiger Akt, als sie mit Wissen und Willen des Käufers erfolgen muß. Der Zweck des Ablieferungsaktes ist unzweifelhaft der, den Käufer in die Lage zu versetzen, der ihm obliegenden Untersuchungspflicht genügen zu können.[8])

---

[1]) Vgl. Dernburg B. § 189 IV. 1; R. O. H. G. Bd. 3 S. 392, Bd. 13 S. 365; Gruchot Bd. 43 S. 763.

[2]) Makower S. 1168.

[3]) Vgl. Makower S. 1167; Stübel S. 417.

[4]) R. G. Bd. 52 S. 399; J. W. 1904 S. 46 Nr. 16.

[5]) Lehmann Nr. 24 zu 377; Hanausek II. S. 32, 6; Düringer S. 271.

[6]) Hanausek II. S. 32, 6.

[7]) Vgl. R. G. Bd. 5 S. 31; R. O. H. G. Bd. 2 S. 252, Bd. 8 S. 29, Bd. 14 S. 294; Bolze Bd. 23 Nr. 502; Adler-Clemens Nr. 1328.

[8]) Stübel S. 416.

Daß er daher vermöge des Ablieferungsaktes mindestens im stande sein muß, die Ware ordnungsmäßig zu untersuchen, ist ohne weiteres klar.[1])

Streitig dagegen ist, ob er gleichzeitig die Verfügungsmöglichkeit über die Ware erlangen müsse.[2])

Während die herrschende Meinung die Erlangung der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit als wesentliches Merkmal einer erfolgten Ablieferung ansieht, begründen die Gegner derselben ihre Ansicht hauptsächlich damit, daß es ja dem Käufer, da er doch »in die Ablieferung einwilligen muß, frei stand, sich die Verfügungsmöglichkeit zu sichern.«[3]) Ein essentiale der Ablieferung sei diese daher nicht.

Wenn nun auch als richtig anzuerkennen ist, daß durch eine eventuelle Versagung seiner Einwilligung der Käufer die Verschaffung der Verfügungsmöglichkeit gegebenen Falles erzwingen kann, so wird man doch in Anlehnung an die herrschende Meinung die Gewährung der Verfügungsmöglichkeit grundsätzlich fordern müssen, mindestens insoweit, als dies zu einer ordnungsmäßigen Untersuchung notwendig erscheint.[4])

Daß der Käufer sofort über die Ware müsse verfügen können, dürfte kaum Begriffsmerkmal der Ablieferung sein; aber wenn er im konkreten Fall die Möglichkeit hat, sofort über die Ware zu verfügen, so wird dieser Umstand insofern erheblich[5]), als der Käufer dann auch sofort untersuchen muß, widrigenfalls er sich dem Vorwurf des »schuldhaften Zögerns« aussetzt.

Aber den Besitz an der Ware muß er bereits erworben haben, ohne ihn ist eine Ablieferung nicht möglich.

Die Ablieferung muß in Erfüllung des zwischen beiden Kontrahenten abgeschlossenen Kaufvertrages erfolgen. Hieraus entspringt die Streitfrage, ob die Ablieferung nur dann gültig

---

[1]) Vgl. R. G. Bd. 5 S. 31; R. O. H. G. Bd. 11 S. 66, Bd. 13 S. 365, Bd. 3 S. 392, Bd. 6 S. 167, Bd. 24 S. 29; Bolze Bd. 16 S. 140, Bd. 17 S. 470.

[2]) Vgl. Makower S. 1168; Staub Anm. 16 zu § 377; Dernburg B. § 189 IV 1; Gareis-Fuchsberger N. 129; Hahn S. 89; R. G. Bd. 5 S. 31; Gruchot Bd. 43 S. 763; R. O. H. G. Bd. 3 S. 392, Bd. 6 S. 167; J. W. 1904 S. 46 Nr. 16, 1902 S. 425 Nr. 32; Leyen S. 89.

[3]) Vgl. Lehmann Nr. 24 zu § 377; Hanausek II. S. 31; Düringer S. 270.

[4]) Vgl. Dernburg § 189 IV 1; Krüger S. 30.

[5]) Lehmann Nr. 24 zu 377. Anderer Meinung: R. G. Bd. 5 S. 31 ff.; R. O. H. G. Bd. 3 S. 392, Bd. 6 S. 167.

sei, wenn sie in der vertragsmäßigen Art und Weise, am vertragsmäßigen Orte, zu vertragsmäßiger Zeit geschieht, oder ob all dies für den Begriff der Ablieferung bedeutungslos ist.

So sehr man versucht sein könnte, das erstere anzunehmen[1]), da sonst die Ablieferung ja nicht streng in Erfüllung des Kaufvertrages vor sich gehe, so ist doch die zweite Ansicht als die richtigere zu bezeichnen. Diese geht dahin[2]), daß es lediglich darauf ankomme, ob die Ablieferung mit Wissen und Willen des Käufers geschehen sei. Sei dies der Fall, so sei es unerheblich, inwieweit die Ablieferung vertragswidrig war: durch Versagung seiner Einwilligung habe ja der Käufer jederzeit die Ablieferung verhindern können. Die Ablieferung steht in nahem Verhältnis zu einigen anderen Begriffen, von denen sie jedoch scharf zu trennen ist. So darf sie namentlich weder mit der Tradition[3]), die ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist und sich nicht auf die Substanz der Ware zu beziehen braucht[4]), noch mit der Erfüllung identifiziert werden[5]), welche bereits vollendet ist, wenn der Verkäufer alles tat, was ihm nach dem Vertrage oblag.

Indem das Gesetz[6]) sagt: »nach der Ablieferung hat der Käufer die Ware zu untersuchen«, macht es die vollendete Ablieferung zur Voraussetzung der Untersuchungspflicht. Daher ist der Käufer grundsätzlich berechtigt, bei nicht verabredeten Teillieferungen, wie sie mit Rücksicht auf geschäftliche Zweckmäßigkeit in Einzelfällen zulässig sind[7]), mit der Untersuchung so lange zu warten, »bis sie sich auf die ganze abgelieferte Ware erstrecken kann.«[8]) Bei Platzkäufen[9]) ist die Ablieferung vollendet, »sobald

---

[1]) Vgl. Adler-Clemens Nr. 1328; Striethorst Bd. 71 S. 36, Bd. 79 S. 265; R. O. H. G. Bd. 3 S. 392, Bd. 6 S. 166.

[2]) Vgl. Lehmann Nr. 24 zu § 377; Hanausek II. S. 35; R. O. H. G. Bd. 6 S. 325 ff., Bd. 7 S. 224 ff., Bd. 11 S. 41, Bd. 15 S. 54 ff., Bd. 21 S. 260 ff., Bd. 24 S. 29; Busch Bd. 3 S. 92, Bd. 25 S. 27 ff.; Bolze Bd. 18 Nr. 441.

[3]) R. G. Bd. 5 S. 31; Leyen S. 89 ff.; Düringer S. 270, 271; Hanausek II. S. 34.

[4]) Makower S. 1166.

[5]) Düringer S. 270; Lehmann Nr. 23 zu 377; Planck Anm. 1 zu § 363; Seuffert Bd. 54 Nr. 235; R. O. H. G. Bd. 3 S. 391, Bd. 11 S. 66.

[6]) H. G. B. § 377.

[7]) J. W. 1899 S. 146 Nr. 22.

[8]) Anders, wenn Teillieferungen vertragsmäßig: Successivlieferungsverträge. Düringer S. 271, 272; Bolze Bd. 4 Nr. 711.

[9]) Über den Begriff: Cosack S. 195.

die Ware von dem Verkäufer ausgefolgt, von dem Käufer entgegengenommen ist«[1]), bei Käufen im offenen Laden »Zug um Zug« ist also der Käufer regelmäßig verpflichtet, die Ware bei Kaufabschluß zu untersuchen und etwaige Mängel zu rügen, da hier immer Kaufabschluß und Ablieferung zusammenfallen.

Daß die Ablieferung in allen Fällen »durch den Verkäufer« zu erfolgen habe, ist nicht erforderlich[2]); sie kann eben so gut durch einen Frachtführer oder Spediteur bewirkt werden. Aber die Ware muß stets an den Käufer selbst abgeliefert werden; eine Ablieferung an einen Frachtführer oder Spediteur[3]) ist nur dann gültig, wenn derselbe eine Annahme- oder Abnahme-Vollmacht des Käufers erhalten hat, namentlich vom Käufer selbst gewählt ist.[4])

Eine verzögerte Ablieferung kann sich selbst dann nicht vollenden, wenn der Käufer die Schuld an der Verzögerung des Ablieferungsaktes trägt.[5]) Daher trifft auch in diesem Fall den Käufer die Untersuchungs- und Rügepflicht nicht, wenngleich er aus dem »Verzug« haftbar wird.

§ 6.

Die Zeit der Untersuchung.

Voraussetzung der Untersuchungspflicht des § 377 Abs. 1 H. G. B. ist also auch noch die vollendete Ablieferung der Ware.

An weitere Voraussetzungen dagegen ist sie nicht geknüpft, so namentlich nicht mehr wie im alten Handelsgesetzbuch[6]) an die Bedingung, daß es sich um einen Übersendungskauf handle. Das neue H. G. B. läßt sie vielmehr auch bei Platzkäufen eintreten[7]), da, wie die Denkschrift[8]) mit Recht sagt, »bei Platzgeschäften der Kaufmann das gleiche Interesse hat, schnell zu erfahren, ob ein Geschäft in Ordnung geht, wie bei Übersendungskäufen.«

---

[1]) Düringer S. 271.
[2]) Düringer S. 273.
[3]) R. O. H. G. Bd. 5 S. 397.
[4]) Vgl. Lehmann Nr. 26 zu 377; R. G. Bd. 6 S. 61; Bolze Bd. 13 Nr. 439.
[5]) Vgl. Düringer S. 272; R. O. H. G. Bd. 24 S. 29; J W. 1896 S. 437 Nr. 21.
[6]) A. H. G. B. Art. 347 Abs. 1.
[7]) Lehmann Nr. 7 zu § 377; Stübel S. 415; Krüger S. 18 ff.
[8]) Denkschrift S. 223.

Ebenso »unterschiedslos tritt die Untersuchungspflicht auch ein bei Lieferung eines Aliud, Plus oder Minus« wie hinsichtlich reiner Qualitätsmängel[1]), während diese Frage nach dem alten Handelsrecht mindestens streitig war.[2])

Die Voraussetzungen der Untersuchungspflicht sind also — kurz zusammengefaßt — folgende:

Es muß ein Kauf sich als Handelskauf und zwar als beiderseitiger charakterisieren, — auch einige kaufähnliche Verträge kommen in Betracht! — und die Ware muß abgeliefert sein.

Auf dieser Grundlage erwächst nach H. G. B. § 377 Abs. 1 die Pflicht des Käufers zur Untersuchung, sofern nicht etwa »der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen«[3]) hat.

Nach welchen Grundsätzen hat nun der Käufer der so begründeten Untersuchungspflicht zu genügen?

Zunächst: Wann ist die Untersuchung vorzunehmen und binnen welcher Zeit zu beenden?

Auf diese Frage antwortet § 377 Abs. 1: »Unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist.«

Den Begriff »unverzüglich« erläutert das B. G. B.[4]) dadurch, daß es ihn dem Ausdruck »ohne schuldhaftes Zögern« gleichsetzt.

Danach ist der Käufer nicht verpflichtet, sofort zu untersuchen, sondern er ist berechtigt, zu »zögern«, falls und solange die »Schuld« daran nicht ihn trifft. Daraus folgt, daß die Frage, wann er diese Berechtigung hat, nicht seiner persönlichen, willkürlichen Auffassung anheimgestellt sein kann[5]), sondern von einem objektiven Standpunkt aus entschieden werden muß.[6])

Freilich ist dies nicht so zu verstehen, daß ein rein objektiver Maßstab anzulegen sei — wie dies die Praxis bei Bolze[7]) anzunehmen scheint, — sondern es sollen, worauf auch der Zusatz »soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich

---

[1]) Dernburg B. § 189 IV.

[2]) Vgl. S. 17.

[3]) H. G. B. § 377 Abs. 5.

[4]) B. G. B. § 121.

[5]) Düringer S. 275.

[6]) Vgl. J. W. 1893 S. 312 Nr. 22; J. W. 1899 S. 576 Nr. 15; Gareis Disp. S. 105; R. O. H. G. Bd. 3 S. 47; Z. f. H. Bd. 36 S. 258 Nr. 3.

[7]) Bolze Bd. 16 Nr. 432.

ist« verweist, immer die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles mit in Betracht gezogen werden.[1])

Zu der nach diesem leitenden Grundsatz zu bestimmenden Zeit muß nun die Untersuchung zunächst begonnen werden.

Die Momente, welche hiernach im konkreten Fall die Frage der Rechtzeitigkeit regulieren, können sehr verschiedenartig sein; hauptsächlich kommen in Betracht die örtliche Unterbringung der Ware, ihre Beschaffenheit und die individuellen Verhältnisse des Käufers.

Ware, die der Käufer direkt in Empfang und in seinen Gewahrsam genommen hat, muß er sofort untersuchen[2]), lagert sie dagegen für ihn auf der Eisenbahnstation oder dem Zollmagazin etc.[3]), so kann er mit der Untersuchung warten, bis der — allerdings auch unverzüglich ins Werk gesetzte — Transport der Ware in sein Haus, Lagerraum etc. bewirkt ist. Verspätet sich der Transport, so kann das »Zögern« trotzdem als entschuldigt gelten[4]), wenn äußere Schwierigkeiten, — die natürlich nicht in der Person des Käufers begründet sein dürfen —, den beabsichtigten Transport verhinderten: z. B. das Zollmagazin war geschlossen.

Bei Ware, die ihrer Natur nach leicht verdirbt, z. B. Obst, oder erheblichen und raschen Preisschwankungen unterworfen ist[5]), z. B. Getreide, wird der Käufer regelmäßig zu einer bis zur sofortigen Untersuchung gesteigerten Beschleunigung verpflichtet sein, während er andererseits bei Waren, die durch den Transport sich pro tempore geändert haben könnten, z. B. Bier nach Seetransport, Rum, Wein[6]), mit der Untersuchung warten kann, bis »die Ware den Beharrungszustand wiedererlangt hat.«[7])

Von wichtigem Einfluß ist hier auch die Frage, ob der Käufer Kleinhändler oder Großkaufmann ist. Zwar werden Ereignisse und Tatsachen, die außerhalb ihrer Machtsphäre liegen, bei beiden eine aus jenen Gründen verzögerte Untersuchung noch

---

[1]) Vgl. Anschütz-Völderndorff S. 297; Düringer S. 274; Lehmann Nr. 34 zu § 377.
[2]) Lehmann Nr. 34 zu § 377.
[3]) Hanausek II. S. 54 Anm. 13.
[4]) Lehmann Nr. 34 zu § 377.
[5]) R. O. H. G. Bd. 2 S. 235, 236, Bd. 12 S. 8.
[6]) R. O. H. G. Bd. 15 S. 213, Bd. 8 S. 336; Busch Bd. 18 S. 90.
[7]) Makower S. 1167.

als »unverzüglich« erscheinen lassen[1]), so z. B. rein kasuelle Verhinderungen[2]), schlechtes Wetter[3]), Einmarsch von Invasionstruppen[4]), allgemeine und konfessionelle Feiertage[5]), Epidemien, Naturereignisse (Feuer, Wassersnot u. dgl.), Unruhen[6]), gleichzeitiges Eintreffen mehrerer unerwarteter Sendungen[7]) sowie unvermuteter Geschäftsandrang.[8])

Im übrigen aber ist der Kleinhändler vom Großkaufmann streng zu scheiden; denn im Gegensatz zum Grossisten kann jener eine verzögerte Untersuchung z. B. damit entschuldigen, daß besondere Lagerräume, besonderes Personal, das Halten eines Stellvertreters während eigener Abwesenheit oder Behinderung bei seinem kleinen Geschäftsbetriebe zu kostspielig sein würde etc.[9])

Rein persönliche Behinderungen des Käufers oder willkürliche Besonderheiten seines Betriebes entschuldigen natürlich weder Großkaufmann noch Kleinhändler.[10])

Eine alsbaldige Untersuchung wird auch verlangt werden müssen, wenn für dieselbe nur wenig Vorbereitungen zu treffen sind[11]), wie man überhaupt immer im Zweifel für eine möglichste Beschleunigung der Untersuchung sein wird. Im Interesse des wartenden Verkäufers wird man daher auch die Streitfrage, ob bei der ersten möglichen Gelegenheit die Untersuchung begonnen werden muß, in bejahendem Sinne entscheiden.[12])

---

[1]) Lehmann Nr. 36 zu 377.

[2]) Hanausek II. S. 53 Anm. 10.

[3]) Busch Bd. 9 S. 478.

[4]) Busch Bd. 12 S. 393.

[5]) Busch Bd. 9 S. 210; Puchelt Nr. 9 zu 347.

[6]) Lehmann Nr. 36 zu 377.

[7]) Kraft Handelssitte für Breslau selbst bei erwartetem Eintreffen von — zahlreichen — Sendungen. Vgl. Riesenfeld S. 154 Nr. 499. Hahn S. 303.

[8]) Busch Bd. 5 S. 471.

[9]) Vgl. Lehmann Nr. 36 zu 377; Busch Bd. 14 S. 477; Bolze Bd. 16 Nr. 418; Staub Anm. 19 zu 377; R. O. H. G. Bd. 3 S. 47; R. O. H. G. Bd. 11 S. 307, Bd. 2 S. 237, Bd. 3 S. 246, Bd. 4 S. 131, Bd. 6 S. 328; Seuffert Bd. 41 S. 52; R. O. H. G. Bd. 11 S. 307.

[10]) Vgl. Makower S. 1177; Gareis Disp. S. 105, 106 und Anm. 9; J. W. 1899 S. 576 Nr. 15; R. O. H. G. Bd. 3 S. 47; Dernburg B. G. B. § 189 IV 8.

[11]) Gareis-Fuchsberger Nr. 140 zu 347.

[12]) Dafür: Makower S. 1167; Bolze Bd. 16 Nr. 432. Dagegen: Staub Anm. 19 zu § 377; R. O. H. G. Bd. 2 S. 237. Vgl. noch: J. W. 1893 S. 312 Nr. 22; Bolze Bd. 15 Nr. 357.

Natürlich beginnt auch derjenige die Untersuchung rechtzeitig, der die vertragsmäßige spätere Zeit, z. B. Verwendung der Ware[1]), zuvor abwartet.[2])

Die Forderung »unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist«, gilt aber nicht nur für den Beginn, sondern in gleicher Weise auch für die Dauer der Untersuchung. Auch diese richtet sich ganz danach, binnen welcher Zeit im konkreten Fall bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang etwaige Mängel zuverlässig hätten festgestellt werden können und müssen.[3])

Die Mängel müssen »zuverlässig« festgestellt werden können[4]); der Käufer braucht demnach nicht schon bei auftretenden Zweifeln die Untersuchung zu beenden.[5]) Es liegt daher immer noch im Rahmen einer ordnungsmäßigen Untersuchung, und ist daher nicht als »schuldhaftes Zögern« anzusehen, wenn er die Untersuchung so lange ausdehnt, bis er seine Zweifel bestätigt findet.[6])

Daß dadurch die Untersuchung oft recht lange, bei Maschinen z. B. mehrere Monate dauern kann[7]), ist unwesentlich. Es kommt nur darauf an, daß der Käufer nicht die Untersuchung unnötigerweise in die Länge zieht. »Zur Anwendung besonderer Beschleunigungsmittel, mögen sie auch im speziellen Falle sehr erhebliche Mühewaltungen und Kosten nicht mit sich bringen«[8]), ist er nicht verpflichtet. Allerdings kann die Beschaffenheit der Ware z. B. tunlichste Beschleunigung der Untersuchung angezeigt erscheinen lassen, falls die Ware beispielsweise leichtem Verderb oder erheblichen Preisschwankungen unterliegt.[9])

---

[1]) Bolze Bd. 8 Nr. 501.

[2]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 9 S. 405; Busch Bd. 36 S. 186.

[3]) Die Praxis (R. O. H. G. Bd. 13 S. 10, J. W. 1900 S. 756 Nr. 27) ist sogar — im Widerspruch mit dem Text des Gesetzes — der Ansicht, daß der Käufer die so zu berechnende Zeit für die Dauer der Untersuchung ansetzen darf — also erst nach Ablauf derselben zu rügen braucht —, selbst wenn er den Mangel tatsächlich schon früher entdeckt hat. Vgl. Makower 1184, Lehmann Nr. 21 zu § 377.

[4]) R. G. Bd. 47 S. 23.

[5]) Vgl. Makower S. 1184; Staub Anm. 13 zu § 377.

[6]) Bolze Bd. 1 Nr. 1085, Bd. 9 Nr. 405, Bd. 4 Nr. 711, Bd. 15 Nr. 357; R. G. Bd. 47 S. 22; R. O. H. G. Bd. 11 S. 99; J. W. 1901 S. 189 Nr. 8.

[7]) Bolze Bd. 6 Nr. 561.

[8]) Holdheim Bd. 9 S. 288. Ebenso: R. G. Bd. 47 S. 21; J. W. 1901 S. 756 Nr. 27.

[9]) Vgl. S. 37.

Läßt sich ein Mangel nicht durch Besicht, sondern erst nach längerem Gebrauch oder nach Verarbeitung der Ware feststellen, so kann der Verkäufer die hierfür erforderliche längere Zeit ohne weiteres in Anspruch nehmen[1]), allerdings eben nur, falls die schnellere Untersuchungsart[2]) nicht zum Ziel führt.[3])

Also nur bis zur zuverlässigen Feststellung der Mängel im Wege des ordnungsmäßigen Geschäftsganges darf der Käufer die Untersuchung ausdehnen. Aber wie er berechtigt ist, eine nach obigen Grundsätzen erforderliche Dauer in Anspruch zu nehmen, so ist er andererseits mit Rücksicht auf das Interesse des Verkäufers auch verpflichtet[4]), die Untersuchung — mittels der jedesmal geeigneten Methode — so lange währen zu lassen, bis er sich genügende Gewißheit über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein erkennbarer Mängel der Ware verschafft. Beispielsweise darf sich beim Garnkauf[5]) der Käufer nicht auf die Untersuchung durch bloßen Besicht beschränken, sondern er muß einige Fäden abwickeln, ausziehen und zerreißen, weil nur dadurch »ein etwaiges Zu-stark-gedreht-sein« zu ermitteln ist.

Die Rücksicht auf den Verkäufer gebietet diese Pflicht insofern, als demselben durch eine auf oberflächliche Untersuchung hin erfolgende Dispositionsstellung leicht Nachteil entstehen kann.[6])

§ 7.

Die Person des Untersuchenden.

Die Untersuchungspflicht des § 377 H. G. B. trifft unter den notwendigen Voraussetzungen nach dem Text des Gesetzes den Käufer: er hat die Ware zu untersuchen.[7]) Ob er dies in eigener Person tut oder durch seine Angestellten, ist im Effekt dasselbe, da er für diese ohnehin verantwortlich ist, und sie ipso iure in seinem Namen handeln. Vorausgesetzt aber muß jeden-

---

[1]) Vgl. Düringer S. 282, 283.

[2]) Über die verschiedenen Untersuchungsarten vgl. S. 42—47.

[3]) Makower 1184; R. O. H. G. Bd. 16 S. 322; Düringer S. 279.

[4]) Makower S. 1179; Staub Anm. 13 zu § 377; Lehmann Nr. 37 zu § 377; R. O. H. G. Bd. 4 S. 44, Bd. 14 S. 287.

[5]) R. O. H. G. Bd. 14 S. 287

[6]) Vgl. im übrigen hierzu S. 15.

[7]) Makower S. 1181; Düringer S. 278; R. O. H. G. Bd. 7 S. 410; Bolze Bd. 7 Nr. 585; J. W. 1901 S. 424 Nr. 7.

falls von dem Untersuchenden werden die »durchschnittliche Sachkenntnis der Kaufleute derartiger Gewerbebetriebe«, damit er imstande sei, die erkennbaren Mängel auch wirklich zu erkennen.[1]) Denn erkennbare Mängel im Sinne des Gesetzes[2]) sind nicht nur die tatsächlich entdeckten, sondern auch die, welche bei einer ordnungsmäßigen Untersuchung auf Grund einer derartigen Sachkenntnis hätten entdeckt werden müssen.[3]) Wie der Kaufmann andererseits keine mehr als durchschnittliche Sachkenntnis zu besitzen braucht[4]), so ist er auch nur zu der »Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns« verpflichtet.[5]) Dies ergibt sich aus der nur von Krüger[6]) bestrittenen Tatsache, daß die Worte »soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist«, sich — mindestens inhaltlich! — auch auf das »untersuchen« beziehen.[7]) Es soll hierdurch eine »in Einzelheiten sich verlierende, skrupulöse Untersuchung«[8]) ausgeschlossen werden.

Ausnahmsweise[9]) kann — das schließt das Gesetz nicht aus — die Untersuchung auch durch andere Personen erfolgen, so z. B. durch Sachverständige, wenn die bloße Untersuchung durch den Kaufmann nicht genügend Aussicht bietet, Klarheit zu schaffen[10]), oder dies dem unter den Parteien vereinbarten Vertrage oder einer dahingehenden Verkehrsübung entspricht[11]), endlich auch, wenn dadurch keinerlei Verzögerung entsteht.

In derselben Weise kann die Untersuchung auch dem Abnehmer des Käufers überlassen werden[12]), so bei beabsichtigtem Weiterverkauf der Ware in Originalverpackung oder z. B., wenn der Kaufmann als Nichtraucher außer stande ist, die gelieferte Cigarrensendung selbst zu prüfen.[13])

---

[1]) Makower S. 1181.
[2]) Vgl. H. G. B. § 377 Abs. 2.
[3]) Staub Anm. 29 zu § 377.
[4]) Makower S. 1181.
[5]) Düringer S. 277.
[6]) Krüger S. 36.
[7]) Lehmann Nr. 37 zu § 377.
[8]) R. O. H. G. Bd. 5 S. 262.
[9]) Hierzu: Gareis Disp. S. 114.
[10]) Hahn S. 303; Makower S. 1178; Bolze Bd. 19 Nr. 544.
[11]) Bolze Bd. 19 Nr. 576; Seuffert Bd. 44 S. 124; Bolze Bd. 7 Nr. 585.
[12]) Düringer S. 276; R. O. H. G. Bd. 2 S. 236, Bd. 8 S. 225; Gareis, Disp. S. 107 Anm. 12.
[13]) Central-Organ, N. F. Bd. 2 S. 49.

Ohne weiteres ist klar, daß auch diese »Stellvertreter« die Untersuchung gemäß den für den Käufer geltenden Grundsätzen durchzuführen haben.[1])

§ 8.

Die Art und Weise der Untersuchung.

Grundsätzlich also hat der Käufer die Ware zu untersuchen. Wie aber hat er nun die ihm obliegende Untersuchung zu führen, beziehungsweise welcher Mittel darf er sich zwecks Feststellung etwaiger Mängel bedienen: in welcher Weise darf er auf die Ware einwirken?

Es ist bereits oben[2]) ausgeführt, daß die für die Zeit der Vornahme einer Untersuchung ausgesprochene Forderung, »soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist«, auch auf das »Untersuchen« selbst sich bezieht, und zwar soll dieselbe — ihrem unverkennbaren Doppelsinn nach — gleichzeitig gebietend und einschränkend auf die ganze »Untersuchung« einwirken.

Daraus folgt für die hier in Frage stehende Art und Weise der Untersuchung als oberster Grundsatz, daß die Untersuchung — falls nicht dringender Anlaß vorliegt, anders zu handeln — unter möglichster Schonung der Ware und Erhaltung ihrer Substanz vorgenommen werden muß.[3])

In Konsequenz dieses Prinzips ist stets in erster Linie und in den Fällen, in welchen sie zum Ziele, zur Entdeckung zu vermutender Fehler zu führen geeignet ist, einzig und allein die Untersuchung durch Besichtigung vorzunehmen. Denn sie allein[4]) ist diejenige Methode, welche der Anforderung, daß die Ware »nicht an Wert verringert oder gar ganz oder teilweise vernichtet« werde[5]), genau entspricht.

In sehr vielen Fällen aber wird eine bloße Inaugenscheinnahme der Ware nicht genügen, um etwaige Mängel zuverlässig festzustellen: die Mängel sind nicht »sehbar«, sondern nur in anderer Weise »erkennbar.« Dann hat der Käufer das Recht

[1]) R. O. H. G. Bd. 8 S. 225; Z. f. H. Bd. 43 S. 369.

[2]) Vgl. S. 41.

[3]) Hahn S. 302 ff.; Lehmann Nr. 37 zu § 377; R. O. H. G. Bd. 16 S. 322.

[4]) Der Untersuchung durch Besichtigung stehen allerdings bezüglich ihrer Unschädlichkeit die Untersuchung durch Befühlen oder Beriechen gleich.

[5]) Makower S. 1179.

und — da sein Verfahren sonst dem Erfordernis eines »ordnungsmäßigen Geschäftsganges nicht nachkäme«, die Pflicht, — »soweit dies bezüglich der betreffenden Warenart im Verkehr üblich ist«[1]) — auch andere Untersuchungsarten anzuwenden, die eine zuverlässige Feststellung etwaiger Mängel erwarten lassen.[2])

Da sie aber alle die Ware mehr oder weniger stark in Mitleidenschaft ziehen, so ist die Anwendung solcher Methoden begrenzt durch die Rücksicht auf den Verkäufer, der durch die Untersuchung der Ware keine oder möglichst wenig materielle Einbuße erleiden soll. Denn er hat im Fall der Dispositionsstellung den Schaden zu tragen, wie er auch in diesem Falle im allgemeinen dem Käufer für die Kosten der Untersuchung ersatzpflichtig ist[3]), während dieselben bei Genehmigung der Ware dem Käufer gemäß seiner Abnahmepflicht zur Last fallen.[4])

Auch der Käufer hat mit Rücksicht darauf, daß er durch die Untersuchung bei vertragsmäßiger Beschaffenheit der Ware eine eventuelle Wertminderung seiner eigenen Ware zugefügt hat, ein starkes Interesse daran, möglichst derartige wertmindernde Methoden zu vermeiden.

Allerdings kommt es ihm andrerseits vor allem darauf an, zuverlässige Kenntnis davon zu erlangen, ob die Ware dem vertrags- und gesetzmäßigen Zustand entspricht: insoweit wird das Anwendungsgebiet der fraglichen Untersuchungsarten nach unten zu wieder erweitert.

Nach Maßgabe vorstehender Normierung der Anwendbarkeit jener Methoden kommen nun in Betracht: Gebrauch, Verbrauch, Bearbeitung, Verarbeitung.

Ein probeweiser[5]) Gebrauch ist namentlich anerkannt für Maschinen[6]) und für Kamine[7]), insofern bei letzteren schadhafte, durch Kitt verdeckte Stellen erst bemerkbar werden, nachdem diese Kamine angeheizt worden sind.

---

[1]) Dernburg B. § 189 IV 2.

[2]) Staub Anm. 13 zu § 377; Lehmann Nr. 39 zu § 377.

[3]) Stübel S. 435; B. G. B. §§ 463, 280.

[4]) B. G. B. §§ 433, 448.

[5]) Man darf nicht vergessen, daß dieser Gebrauch etc. nur probeweise ist, zum Zweck der Untersuchung erfolgt.

[6]) R. O. H. G. Bd. 2 S. 83, Bd. 11 S. 99; Bolze Bd. 6 Nr. 561.

[7]) R. O. H. G. Bd. 11 S. 318.

Verarbeitung hat stattzufinden beispielsweise bei Tabak: durch Herstellung von Cigarren[1]), bei Kohlen, die zur Koksgewinnung gekauft sind: durch Verkokung[2]), eventuell durch Experiment im Laboratorium[3]), bei Wolle durch Verweben und Färben[4]), ebenso bei Seide[5]), bei Farböl durch Umwandlung in Firnis[6]), bei Untersuchung von Tuch auf Bruch[7]), bei Mehl durch Anstellung von Backproben[8]) und bei Braugerste durch Einmälzen oder durch Prüfung auf Keimkraft.[9])

In einigen Fällen ist auch eine bloße Bearbeitung, die übrigens sich oft kaum von Verarbeitung unterscheidet, für ausreichend erklärt worden, so bei Wolle: durch Waschen.[10])

Untersuchung durch Verbrauch ist zulässig und eventuell notwendig bei Prüfung von Wein: durch Versuchen, bei Kerzen: durch probeweises Abbrennen einiger[11]), bei großen Posten silberner oder goldener Ketten: durch Einschmelzen einiger zwecks Ermittelung des Feingehalts[12]), bei Garn: durch Abwickeln, Ausziehen, Zerreißen einzelner Fäden[13]), bei Gerste: durch Zerdrücken und Zerschneiden einzelner Körner zwecks Feststellung des etwaigen Vorhandenseins von Würmern.[14])

Außerdem kommt vor die Prüfung von Mehl hinsichtlich Geruch und Farbe[15]), von Sämereien durch probeweises Aussäen[16]), ferner das Auskochen von Leim[17]) sowie das Ausziehen »flußeiserner Knüppel« zu Draht.[18])

---

[1]) R. O. H. G. Bd. 22 S. 151.
[2]) R. G. Bd. 25 S. 29.
[3]) Bolze Bd. 13 Nr. 428, Bd. 23 Nr. 514.
[4]) R. O. H. G. Bd. 12 S. 92, 93; Bolze Bd. 7 Nr. 561.
[5]) R. O. H. G. Bd. 9 S. 405.
[6]) Busch Bd. 15 S. 461.
[7]) R. O. H. G. Bd. 9 S. 207, 208.
[8]) R. O. H. G. Bd. 8 S. 175, 176, Bd. 14 S. 265; Bolze Bd. 4 Nr. 711.
[9]) Bolze Bd. 15 Nr. 357; J. W. 1900 S. 756 Nr. 27; R. G. Bd. 47 S. 22.
[10]) R. O. H. G. Bd. 3 S. 247.
[11]) R. O. H. G. Bd. 3 S. 84; Z. f. H. Bd. 38 S. 209.
[12]) Z. f. H. Bd. 38 S. 209.
[13]) R. O. H. G. Bd. 14 S. 288.
[14]) Bolze Bd. 12 Nr. 470.
[15]) Z. f. H. Bd. 26 S. 571.
[16]) Busch Bd. 29 S. 337.
[17]) Busch Bd. 3 S. 91.
[18]) Bolze Bd. 16 Nr. 418.

Wenn bei einzelnen Waren[1]) verschiedene Prüfungsmethoden vorkommen, so darf das nicht Wunder nehmen: ein Widerspruch unter den einzelnen Entscheidungen liegt durchaus nicht vor, aber die unendliche Verschiedenheit der zu beurteilenden Fälle — wobei immer auf die Eigenart der Ware, den Zweck des Einkaufs, z. B. bei Kohle, Gerste, herrschende Verkehrssitten u. dgl. Rücksicht zu nehmen ist[2]) — bringt es mit sich, daß scheinbar widersprechende Entscheidungen herauskommen.

Zwischen verschiedenen Untersuchungsmethoden von gleich langer Dauer bleibt die Wahl im allgemeinen dem Käufer überlassen[3]), doch kann durch Handelsgebrauch eine bestimmte Methode vorgeschrieben werden, so z. B., daß Käse nicht durch Anschneiden, sondern Anbohren geprüft werden müsse.[4])

Die oben[5]) erwähnte Rücksicht auf den Verkäufer und auf sich selbst gebietet dem Käufer, eine Untersuchung durch eine wertmindernde Methode möglichst nur dann vorzunehmen, wenn der Kauf über einen größeren Posten abgeschlossen ist und die Untersuchung eines Teiles[6]) bereits Erfolg verspricht, die Wertminderung also relativ unbedeutend ist.

Die Wertminderung oder -vernichtung, welche eine solche Untersuchungsart im Gefolge hat, raubt dem Käufer, sofern er nur zur Vornahme derselben berechtigt war, nicht, wie man zunächst glauben könnte, sein Recht auf Wandelung.[7]) —

Eine besondere Rolle bei der Frage, in welcher Weise der Käufer auf die Ware einwirken darf, — und soll! — spielt die Beseitigung der Verpackung.

Gewöhnlich ist die Ware irgendwie verpackt, und es ist, um auch nur die Ware zu besehen, Entfernung der Verpackung erforderlich.[8]) In der Regel bedeutet dies keine Wertminderung der Ware, und der Käufer ist daher ohne weiteres berechtigt und verpflichtet, die Verpackung zu entfernen.

---

[1]) z. B. Mehl, Gerste.
[2]) Vgl. Dove-Apt. S. 130 Nr. 7.
[3]) Lehmann Nr. 40 zu § 377. R. G. Bd. 38 S. 11.
[4]) Dove-Apt. S. 134 Nr. 16.
[5]) Vgl. S. 43.
[6]) Vgl. hierüber S. 48 ff.
[7]) Makower S. 1179. Vgl. B. G. B. §§ 351, 352 (467).
[8]) Vgl. Makower S. 1179; Düringer S. 279.

Anders aber, wenn die Ware entweder durch die Art der Verpackung einen besonderen Wert erhält, wie dies der Fall zu sein pflegt bei Originalverpackungen, oder nach Beseitigung der Verpackung die Ware zur Verhütung raschen Verderbs bald verbraucht werden muß, wie z. B. Schaumweine, luftdicht verschlossene Konserven u. dgl.

In solchen Fällen ist es streitig[1]), ob der Käufer berechtigt und verpflichtet sei, trotz eintretender Wertminderung der Ware die Verpackung zu lösen.

Diese Frage in ihrem vollen Umfange zu verneinen, dürfte wohl aus dem Grunde nicht angängig sein, weil in dem Weiterverkauf der Ware ohne vorhergehende Untersuchung eine Prolongation der Rügefrist erblickt werden muß, »eine derartige Abrede aber, daß die Mängelanzeige erst vom Abnehmer aus zu erfolgen habe«, aus der einfachen Tatsache des Verkaufs von Waren in Originalverpackung »nicht gefolgert werden könne.«[2])

Insoweit stimmen allerdings die Ansichten[3]) überein, als der Käufer in allen den Fällen[4]), in welchen ein größerer Posten Ware gekauft ist, von deren Teilen man gleichartige Beschaffenheit voraussetzen kann, für verpflichtet gilt, im Interesse einer zuverlässigen Untersuchung wenigstens teilweise die Originalverpackung zu lösen, weil »es besser ist, daß durch eine gründliche Untersuchung ein geringer Prozentsatz der Ware aufgeopfert werde, als daß dem Käufer ganz freigestellt bleibe, wann dieser die gekaufte Ware öffne und prüfe.«[5])

Ist dagegen eine Untersuchung durch Beseitigen der Verpackung im Einzelfall nicht zulässig oder erforderlich, so gelten alle Fehler, welche nicht »von außen« festgestellt werden können, als »nicht erkennbare«[6]); doch kann auch in solchen Fällen die bloße Untersuchung durch Besicht zur Beanstandung der Ware führen, da hier, wo die Verpackung geradezu Bestandteil der Ware ist, »die vertragswidrige Beschaffenheit der ausbedungenen

---

[1]) Dagegen: Makower S. 1179; Staub Anm. 13 zu § 377; Bolze Bd. 4 Nr. 724. Dafür: Lehmann Nr. 41 zu § 377; Düringer S. 279; Busch Bd. 3 S. 97.

[2]) R. O. H. G. Bd. 17 S. 217. Vgl. Busch Bd. 5 S. 416, 417, 421.

[3]) Mahower S. 1179; Düringer S. 279. Vgl. R. O. H. G. Bd. 17 S. 117; O. L. G. Bd. 7 S. 388; Z. f. H. Bd. 38 S. 208 Nr. 226, 227; Bolze Bd. 22 Nr. 446.

[4]) Das Nähere über diese Fälle vgl. S. 48 ff.

[5]) O. L. G. Bd. 7 S. 388.

[6]) Makower S. 1179.

Emballage als ein dem § 377 zu unterstellender Mangel zu erachten ist«[1]): die Fehler der Verpackung lassen hier ohne weiteres auch die Ware als mangelhaft erscheinen.

§ 9.

Der Umfang der Untersuchung.

Für die durch die letzten Betrachtungen[2]) angeregte Frage, wann die Untersuchung sich auf die ganze Ware zu beziehen und wann sie sich auf Teile derselben zu beschränken habe, ergibt sich aus dem auch hier herrschenden Grundsatz von der Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen[3]) der Satz:

Die Untersuchung ist nur dann auf die ganze Ware auszudehnen, wenn entweder die in Anwendung kommende Untersuchungsart keinerlei wertmindernde Einwirkung in sich schließt, oder durch Untersuchung nur eines Teiles der Ware etwaige Mängel nicht zuverlässig festgestellt werden können.

Demgemäß darf und — »soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist« — soll die Untersuchung durch Besichtigung, da sie ja den Wert der Ware nicht verringert, regelmäßig auf die ganze Ware ausgedehnt werden. Daß eventuell in einem speziellen Falle dies nicht verlangt werden kann[4]), da vielleicht der eingekaufte Posten ein sehr großer ist, und Gleichartigkeit aller Teile vorausgesetzt werden kann, ergibt sich aus der Rücksichtnahme auf das Interesse des Käufers, für den dies eine übermäßige Belastung sein würde.

Ist die Untersuchung durch Besicht zur Feststellung etwa der Ware anhaftender Fehler nicht geeignet, so kann, falls sich hierdurch eine Feststellung erwarten läßt, nach Maßgabe der dafür geltenden Grundsätze[5]) zu anderen Untersuchungsarten geschritten werden.

Was den »Gebrauch« der Ware anlangt, so wird sich derselbe stets auf die ganze Ware beziehen müssen; denn will man z. B. die Leistungsfähigkeit einer Maschine prüfen, so muß man eben die ganze Maschine in Betrieb setzen.

---

[1]) O. L. G. Bd. 8 S. 98. Vgl. Puchelt Anm. 5 c zu 347.
[2]) Vgl. S. 46.
[3]) Staub Anm. 15 zu § 377.
[4]) Vgl. Staub Anm. 15 zu § 377.
[5]) Vgl. S. 42 ff.

Anders liegt der Fall bei Bearbeitung, Verarbeitung und Verbrauch. Diese Methoden können bald auf die ganze Ware sich erstrecken, bald auch auf Teile beschränkt sein.

Eine Ausdehnung derselben auf die ganze Ware darf, da sie alle mehr oder weniger die Ware tangieren, gemäß unserem obigen[1]) Grundsatz nur stattfinden, wenn sie unbedingt notwendig ist, d. h. wenn etwaige Mängel in anderer Weise nicht ermittelt werden können.[2])

In allen anderen Fällen muß eine derartige Untersuchungsart auf Teile beschränkt bleiben. Diese Teile, welche man anstelle der ganzen Ware untersucht, weil man von ihrer Beschaffenheit auf die der übrigen Ware folgern will, nennt man Stichproben.

Eine derartige abgekürzte Untersuchung durch Stichproben ist in zwei Fällen gerechtfertigt: einmal, wenn man aus irgend einem Umstande, z. B. Art der Verfertigung oder Gewinnung[3]), Herkunft aus derselben Fabrik[4]) oder, weil der Verkäufer dies zugesichert hat[5]), oder aus irgend einem sonstigen Grunde einen Schluß darauf zu ziehen berechtigt ist, daß die einzelnen Teile der Ware alle von gleichartiger Beschaffenheit sind.[6]) Hier braucht der Käufer also nur Stichproben zu entnehmen und zu untersuchen, allerdings in einer für die Berechtigung der Schlußfolgerung genügenden Menge.[7])

Zweitens kann sich der Käufer auf »Stichproben« beschränken, wenn er bereits bei diesen Mängel entdeckt und die Ware dergestalt einheitlich ist, daß die Mangelhaftigkeit eines Teils die ganze Ware unbrauchbar macht.[8])

Solange der Käufer nicht wertmindernd auf die Ware einwirkt, ist er natürlich[9]) befugt, die Untersuchung nach und nach beliebig auszudehnen, ja, bis auf die ganze Ware.[10])

---

[1]) Vgl. S. 47.

[2]) Z. f. H. Bd. 38 S. 208 Nr. 225; Makower S. 1180; R. G. Bd. 25 S. 29.

[3]) R. O. H. G. Bd. 7 S. 428; Bolze Bd. 23 Nr. 507.

[4]) Bolze Bd. 22 Nr. 446.

[5]) R. O. H. G. Bd. 12 S. 93.

[6]) Bolze Bd. 13 Nr. 427; R. O. H. G. Bd. 3 S. 247; J. W. 1900 S. 856 Nr. 13; Riesenfeld S. 143 Nr. 463, S. 145 Nr. 469. Vgl. dagegen R. O. H. G. Bd. 7 S. 428, Bd. 10 S. 347, 353 f.

[7]) R. O. H. G. Bd. 3 S. 247; J. W. 1900 S. 856 Nr. 13; Bolze Bd. 23 Nr. 507.

[8]) J. W. 1899 S. 576 Nr. 15.

[9]) Auch bei Stichproben.

[10]) Gareis, Disp. S. 112 Anm. 10.

Hat dagegen die Untersuchung in einer Weise zu erfolgen, welche die Ware in Mitleidenschaft zieht, so darf er nur dann das übliche Maß der Stichproben überschreiten, wenn eine rationelle Untersuchung eine derartige Ausdehnung der Untersuchung notwendig macht.[1])

Welche Folgen eine Überschreitung der in dieser Hinsicht dem Käufer gezogenen Grenzen hat, ob darin eine Genehmigung der Ware[2]) oder eine unberechtigte Verfügung[3]) oder ein Verzicht auf den Wandlungsanspruch[4]) ist, ist Tatfrage.

In jedem Fall tritt die Stichprobenuntersuchung völlig an die Stelle der Untersuchung der ganzen Ware. Aber es liegt im Begriff »Stichproben«, daß der Rückschluß von ihnen auf die Qualität der ganzen Ware kein unbedingt sicherer ist, nicht viel mehr als eine Wahrscheinlichkeitsvermutung: Das durch Stichproben gelieferte Resultat einer Untersuchung ist kein zuverlässiges, denn die gezogenen Stichproben können zufällig fehlerfrei sein, die Ware dagegen mangelhaft, und umgekehrt.

Es dürfte einleuchten[5]), daß in dem ersten Fall die der Ware anhaftenden Mängel als »nicht erkennbare« gelten müssen[6]), sofern nur die Untersuchung in ordnungsmäßiger Weise an einer genügenden Menge von Stichproben vorgenommen wurde.

Im zweiten Fall dagegen — wenn gerade die Stichproben Fehler aufweisen — ist es fraglich, ob der Verkäufer sich durch den Nachweis, daß die übrige Ware fehlerfrei sei, einen Anspruch auf Abnahme derselben durch den Käufer schaffen könne.

Staub[7]) verneint dies: »bei Mangelhaftigkeit der Stichproben sei die Ware inter partes als mangelhaft zu betrachten.« Die herrschende Meinung[8]) jedoch läßt den erwähnten Nachweis zu mit der Wirkung, daß beim Gelingen desselben der Verkäufer die Abnahme der Ware verlangen kann, d. h. natürlich nur, in-

---

[1]) Düringer S. 270; Makower S. 1180; Lehmann Nr. 38 zu § 377; R. O. H. G. Bd. 5 S. 261, Bd. 12 S. 93, Bd. 14 S. 287, Bd. 16 S. 321; Bolze Bd. 13 Nr. 429, Bd. 22 Nr. 446; J. W. 1899 S. 576 Nr. 15.

[2]) Lehmann Nr. 76 zu § 377.

[3]) Hanausek II. S. 56 Anm. 18.

[4]) R. O. H. G. Bd. 16 S. 321.

[5]) Staub Anm. 15 zu § 377.

[6]) R. O. H. G. Bd. 12 S. 93.

[7]) Staub Anm. 15 zu § 377.

[8]) Makower S. 1180; Düringer S. 278; Bolze Bd. 8 Nr. 502.

soweit dieselbe fehlerfrei ist und nicht etwa die Mangelhaftigkeit der Stichproben ohne weiteres die ganze mit ihnen einheitliche oder als zusammengehörig verkaufte Ware unbrauchbar macht.[1])

Für den dem Käufer durch eine nur teilweise vertragsmäßige Lieferung entstehenden Schaden muß ihm der Verkäufer ebenso Ersatz leisten[2]), wie »umgekehrt der Käufer für eine übereilte, nicht gerechtfertigte Mängelanzeige dem Verkäufer schadensersatzpflichtig ist.«[3])

Eine besondere Stellung bei der Untersuchung von Teilen nimmt die Untersuchung an sogenannten Ausfallproben oder Ausfallmustern ein.

»Durch Übergabe einer Ausfallprobe erklärt der Verkäufer, daß die zur Vertragserfüllung von ihm ausgeschiedene Ware so »ausfalle«, wie es die Probe darstelle.«[4])

Ausfallproben sind hauptsächlich üblich[5]), um den Käufer schon vor Eintreffen der Ware von ihrer Beschaffenheit zu unterrichten oder ihm Gelegenheit zu geben, falls die Ware verabredetermaßen direkt an seinen Abnehmer — namentlich im überseeischen Handel — gesendet wird, seinerseits die Ware zu prüfen.

Die Ausfallprobe soll dann ähnlich der Stichprobe die Ware vertreten[6]), und die Mängelrüge auf Grund einer an ihr vorgenommenen Untersuchung in der ordnungsmäßigen Frist erfolgen. Analog dem Verfahren bei Stichproben ist auch hier mit den entsprechenden Konsequenzen dem Verkäufer der Beweis freizustellen[7]), daß trotz mangelhafter Ausfallprobe doch die Ware selbst »von besserer und dem Vertrage genügender Beschaffenheit sei.«[8])

Eine Pflicht zur Untersuchung der Ausfallprobe besteht gesetzlich nicht[9]), wenngleich Hahn und Daesler[10]) eine solche statuieren wollen. Sie kann nur durch Vertrag oder Handelssitte begründet werden, nicht aber einseitig z. B. durch Übersendung

---

[1]) Bolze Bd. 13 Nr. 429.

[2]) Makower S. 1180; Düringer S. 270.

[3]) R. G. Bd. 47 S. 23.

[4]) R. G. Bd. 47 S. 133.

[5]) J. W. 1889 S. 173 Nr. 21.

[6]) Gareis, Disp. S. 108; Düringer S. 279; J. W. 1889 S. 173 Nr. 21; Bolze Bd. 9 Nr. 406; Z. f. H. Bd. 43 S. 368 Nr. 354.

[7]) Makower S. 1192; R. O. H. G. Bd. 7 S. 257; Bolze Bd. 7 Nr. 585.

[8]) R. G. Bd. 47 S. 134.

[9]) Düringer S. 280.

[10]) Hahn S. 314; Daesler S. 36.

der Probe. Selbst wenn der Empfänger sie vorbehaltlos annimmt, ist in diesem Fall keine Pflicht zur Untersuchung der Probe gegeben.[1]) Sogar in dem Ausbedingen vorheriger Zusendung[2]) von Ausfallproben ist regelmäßig nur ein Recht des Käufers zur Untersuchung[3]) und nur ausnahmsweise die Pflicht[4]) zu erblicken, so besonders beim überseeischen Handel, wenn der Verkäufer dies vorschlug.[5])

Immer aber ist der Käufer verpflichtet, falls die Ware an ihn gelangt, diese selbst zu untersuchen und ihre Mängel zu rügen: »sonst käme ein direkter Widerspruch mit dem Gesetze heraus.«[6])

Reisemuster sind nicht Teile der Ware in dem Sinne, daß sie irgendwie die Untersuchungspflicht des § 377 begründen könnten; sie dienen nur zur Bezeichnung des allgemeinen Charakters der Ware[7]) — so ungefähr sieht die Ware aus! — also dazu, daß »der Käufer schon vor Lieferung der Ware seinerseits Bestellungen aufnehmen kann.«[8])

§ 10.

Der Ort der Untersuchung.

Die Untersuchung ist also unter möglichster Schonung der Substanz der Ware durchzuführen und kann meist auf Teile beschränkt werden.

An welchem Ort sie geführt wird, ist für die Wahrung der Rechte des Untersuchungspflichtigen nur insofern von Bedeutung, als die Untersuchungsfrist durch einen unnötigen Weitertransport der Ware vom Untersuchungsort nicht willkürlich verlängert werden darf.

Aus der Fassung des § 377 geht hervor[9]), daß der Käufer die Ware regelmäßig am Ort der Ablieferung zu untersuchen hat,

---

[1]) Hanausek II. S. 75 Anm. 13 a.

[2]) Vgl. Lehmann Nr. 59 zu § 377; Z. f. H. Bd. 43 S. 369.

[3]) R. O. H. G. Bd. 7 S. 257; Z. f. H. Bd. 40 S. 510.

[4]) Bolze Bd. 7 Nr. 585; R. O. H. G. Bd. 7 S. 259.

[5]) Staub Anm. 30 zu § 377.

[6]) R. O. H. G. Bd. 7 S. 428.

[7]) Makower S. 1192.

[8]) Blätter f. Rpfl. Jahrg. 1899 S. 81. Vgl. zu diesem Abschnitt S. 34, 35 betreffs Teillieferungen und Successivlieferungsverträge.

[9]) Makower S. 1181; Düringer S. 270; R. O. H. G. Bd. 3 S. 393.

an dem Ort also, an welchem dem Vertrage gemäß die Ablieferung tatsächlich geschehen ist.[1])

Bei Platzkäufen wird dies naturgemäß meist der Ort des Kaufabschlusses sein, bei Übersendungskäufen meist der Bestimmungsort, es kann auch an einem Zwischenorte abgeliefert sein.[2])

Der so bestimmte Ort ist für die Festsetzung der Untersuchungsfrist grundsätzlich maßgebend. Hat der Käufer die Mängel der Ware binnen der Zeit gerügt, die ihm am maßgebenden Ablieferungsort zu Gebote stand, so ist es zur Wahrung seiner Ansprüche gleichgültig, ob er an diesem oder einem beliebigen andern Ort untersucht hat.[3])

Ausnahmsweise aber, falls dies nämlich dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange oder dem Vertragswillen der Parteien entspricht, kann für die Untersuchung auch ein anderer Ort als der der Ablieferung in Betracht kommen[4]), und zwar mit der Maßgabe, daß dann auch die für den Weitertransport der Ware erforderliche Zeit als notwendige und daher entschuldigte Verzögerung der Untersuchungsfrist zugerechnet wird.

So zunächst, wenn am Ablieferungsort die für eine ordnungsmäßige Untersuchung nötigen Einrichtungen nicht vorhanden sind. Bei Rohstoffen z. B., die nur auf chemischem Wege geprüft werden können, ist der Käufer berechtigt, ihren Weitertransport nach dem Fabrikort zwecks dortiger Untersuchung zu bewirken und den hierdurch entstehenden Zeitverlust sich für die Rügefrist anzurechnen.[5]) Dasselbe gilt von dem Fall, daß sich Weiterversendung der Ware an einen Sachverständigen als notwendig erweist.

Auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien kann eine Verlegung des Untersuchungsortes erfolgen.[6])

Die eben erwähnte Untersuchung der Ware am Wohnsitz eines Sachverständigen ist oft Gegenstand eines solchen Ver-

---

[1]) R. O. H. G. Bd. 18 S. 249, Bd. 11 S. 41. Vgl. Bolze Bd. 13 Nr. 439.

[2]) Bolze Bd. 18 S. 451; R. O. H. G. Bd. 3 S. 393, Bd. 6 S. 303; Adler-Clemens Nr. 1626; J. W. 1899 S. 772 Nr. 15.

[3]) Gareis, Disp. S. 106; H. G. B. § 377 Abs. 4; Makower S. 1182; Gareis, Disp. S. 107; Dernburg B. § 189 IV 4.

[4]) Staub Anm. 21 zu § 377.

[5]) Bolze Bd. 19 Nr. 356; R. O. H. G. Bd. 3 S. 393.

[6]) J. W. 1898 S. 16 Nr. 41.

trages[1]), ebenso die namentlich im überseeischen Handel[2]) eine große Rolle spielende Untersuchung am Wohnort des Abnehmers.

Eine »stillschweigende« Verlegung der Untersuchung an den Wohnsitz des Abnehmers ist speziell dann als vorliegend anzunehmen, wenn der Verkäufer wußte, daß die Ware in Originalverpackung weiter verkauft ist und eine Untersuchung der Ware sich ohne Verletzung der Originalverpackung nicht ermöglichen läßt.[3])

Ist dagegen die Ware in gewöhnlicher Weise verpackt oder die Untersuchung auch ohne Verletzung der Originalverpackung zu bewirken, so ist eine stillschweigende Verlegung des Untersuchungsortes ausgeschlossen[4]), selbst wenn der Käufer von seiner Absicht, die Ware unbesehen weiter zu verkaufen, dem Verkäufer Mitteilung gemacht hat.

In diesem Falle muß die gewollte Verlegung des Untersuchungsortes Gegenstand einer ausdrücklichen Vereinbarung sein.

§ 11.

Kritik der Untersuchungs- und Rügepflicht. Bemerkungen de lege ferenda.

In diesem Umfange also besteht nach H. G. B. § 377 eine »Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ware« als Grundlage der handelsrechtlichen Rügepflicht.

Es taucht am Schluß die Frage auf, ob die darin enthaltene Bestimmung dem an jede Gesetzesnorm zu stellenden Postulat der Billigkeit und Zweckmäßigkeit entspricht.

Dabei ist zu unterscheiden, ob diese Forderungen erfüllt werden einmal bezüglich der Frage nach der Person des Untersuchungspflichtigen, und zweitens betreffs der Art und Weise, in welcher er derselben genügen soll.

Was zunächst das letztere anlangt, so sucht der Gesetzgeber dem Bestreben, gerecht zu sein, dadurch zu entsprechen, daß er durch den, wie oben[5]) bemerkt, extensiv und restriktiv auszulegenden Zusatz »soweit dies nach ordnungsmäßigem Ge-

---

[1]) Makower S. 1182.

[2]) Düringer S. 276.

[3]) R. O. H. G. Bd. 2 S. 234, Bd. 3 S. 394, Bd. 4 S. 131, Bd. 10 S. 147, Bd. 15 S. 126, Bd. 17 S. 216; Bolze Bd. 14 Nr. 436, Bd. 19 Nr. 547, Bd. 18 Nr. 451.

[4]) R. O. H. G. Bd. 24 S. 260, Bd. 27 S. 217; Bolze Bd. 4 Nr. 734.

[5]) Vgl. S. 41, 42.

schäftsgange tunlich ist« fortwährende Rücksicht auf die Interessen beider Parteien zu nehmen gebietet[1]) und hiermit die Durchführung der Untersuchung unter den Grundsatz von Treu und Glauben stellt. Derselbe obige Satz bietet auch dem Gesetzgeber die Handhabe, die Art und Weise der Untersuchung zweckmäßig zu gestalten, d. h. so, wie am besten, schnellsten und zuverlässigsten etwaige Mängel der Ware festgestellt werden können.

Gewährleistet werden beide Postulate dadurch, daß infolge der dispositiven Natur des § 377[2]) Bestimmungen, die im Einzelfall unzweckmäßig oder für einen Teil ungerecht wären, durch vertragliche Vereinbarungen der Parteien, zum Teil auch durch Verkehrssitten abgeändert werden können.[3]) So kann z. B., was die Untersuchung anlangt, die Zeit, innerhalb deren sie zu erfolgen hat, verlängert oder verkürzt werden[4]), teilweise bemißt man dieselbe sogar nach einer festen Stundenzahl[5]); es kann ferner eine bestimmte Méthode der Untersuchung oder ein anderer Ort als der der Ablieferung für die Untersuchung vereinbart oder durch Verkehrssitte vorgeschrieben werden.[6]) Die Untersuchung kann auf einen Dritten z. B. den Abnehmer des Käufers übertragen, ja, sie kann auch ganz erlassen werden[7]), selbst dann, wenn das Präjudiz der Genehmigung bereits eingetreten wäre.[8]) Immer natürlich kann eine derartige Abänderung nur eintreten auf Grund herrschender Verkehrssitte oder beiderseitiger Abmachung, nie aber kraft einseitiger Willenserklärung nur des einen Teils.[9]) Dergleichen einseitige Vermerke, wie sie auf Rechnungen vorzukommen pflegen, wie »zahlbar in X.«[10]), »Reklamationsfrist 24 Stunden«[11]), »Nach 20 Tagen pro Stück und Tag

---

[1]) Hierdurch wird die häufigere Wiederholung von Redewendungen, wie: »Der Käufer hat einerseits das Recht, andererseits die Pflicht . . . im Laufe der Arbeit veranlaßt.

[2]) Zwingendes Recht ist nur Abs. 5!

[3]) Staub Anm. 30 zu § 377; Makower S. 1190; Gareis, Disp. S. 116.

[4]) Vgl. Bolze Bd. 8 Nr. 501; R. O. H. G. Bd. 2 S. 379, Bd. 24 S. 260.

[5]) Riesenfeld Anh. I.

[6]) Dove-Apt. S. 134 Nr. 16; O. L. G. Bd. 6 S. 355, Bd. 7 S. 2.

[7]) Praktisch hat dies die Wirkung einer Verlängerung der Anzeigepflicht. Makower S. 1190; Krüger S. 59.

[8]) Vgl. Dernburg § 189 IV 6; Staub Anm. 30 zu § 377.

[9]) Gareis, Disp. S. 116; Gareis-Fuchsberger N. 141; Zitelmann S. 93.

[10]) Bolze Bd. 3 Nr. 699; R. O. H. G. Bd. 22 S. 145.

[11]) Dernburg § 189 IV 5.

1 Pfg. Leihgebühr« [1]) binden den andern Teil regelmäßig nicht ohne Zustimmung.[2]) »Daß er Ware und Faktura ohne Widerspruch angenommen hat, ist in diesem Sinne nicht konkludent.«[3]) Nur wenn bei andauernder Geschäftsverbindung ein derartiger Vermerk öfters wiederholt wird, ist der Käufer nach der allgemeinen Ansicht gebunden.[4]) Ausgenommen ist der in einer Rechnung aufgestellte Preis[5]), den man als genehmigt wird annehmen müssen, falls Käufer stillschweigend die Ware behält.

Tritt dagegen jemand auf Grund eines ihm übersandten Katalogs oder Preisverzeichnisses mit dem Übersender in Geschäftsverbindung, so haben die Vermerke des Katalogs etc. als beiderseitige Vereinbarung zu gelten, falls sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen werden.[6])

Infolge dieser dispositiven Natur des § 377 ist es demnach den Parteien möglich, teils durch Vereinbarungen, teils durch Berücksichtigung herrschender Verkehrssitten die Durchführung der Untersuchung so zu gestalten, wie es ihnen im Einzelfall billig und zweckmäßig erscheint.

In dieser Beziehung also wird das Gesetz den Anforderungen, die an ein solches gestellt werden müssen, vollauf gerecht.

Es fragt sich nun aber, ob auch die Voraussetzungen der Untersuchungspflicht gehörig normiert sind.

Ohne weiteres ist klar, daß eine handelsrechtliche Pflicht des Käufers zur Untersuchung der Ware unbedingt nur bei Vorliegen eines Kaufes und zwar eines Handelskaufes nach der Ablieferung der Ware begründet werden kann. Dies sind sozusagen notwendige Voraussetzungen.

Zweifelhaft dagegen ist es, ob der Umstand, daß H. G. B. § 377 Abs. 1 diese Untersuchungspflicht gerade dem bei einem

---

[1]) Bolze Bd. 18 Nr. 447. Der Fall betrifft Rückgabe von Säcken, in denen Kleie verkauft war.

[2]) Vgl. auch: Riesenfeld S. 66; R. G. Bd. 5 S. 394; Bolze Bd. 5 Nr. 650, Bd. 12 Nr. 242, Nr. 272.

[3]) Bolze Bd. 3 Nr. 699. Vgl. Cosack S. 130.

[4]) Vgl. Makower S. 918; Blätter f. Rpfl. 1900 S. 101, 1896 S. 88; Bolze Bd. 12 Nr. 642. Dagegen: Staub Anm. 26 zu § 377.

[5]) Makower S. 919; R. O. H. G. Bd. 3 S. 113, Bd. 1 S. 87, Bd. 15 S. 98. Abweichend: R. O. H. G. Bd. 13 S. 342.

[6]) R. G. Bd. 13 S. 77; Holdheim Bd. 8 S. 190.

beiderseitigen Handelskauf beteiligten Käufer und nur diesem auferlegt, der Billigkeit und Zweckmäßigkeit entspricht.[1])

Daß eine Untersuchungs- und Rügepflicht im Interesse einer raschen und sicheren Klärung der Verhältnisse für den Handelsverkehr notwendig ist und aus welchen speziellen Gründen, wurde bereits oben[2]) auseinander gesetzt.

Ist es nun aber gerechtfertigt und zweckmässig, diese Untersuchungspflicht des Käufers nur zu statuieren, wenn »der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft«[3]) ist, oder sollte sie auch in anderen Fällen bestehen und in welchen?[4])

Es ist interessant, die Regelung, welche diese Frage im alten Handelsgesetzbuch gefunden hat, derjenigen des neuen H. G. B. gegenüberzustellen.

Das alte Handelsgesetzbuch sagt einfach: »Der Käufer hat ohne Verzug nach der Ablieferung . . . . die Ware zu untersuchen . . . .« Damit legt es sowohl dem kaufenden Kaufmann als dem kaufenden Laien die Untersuchungspflicht auf. Hier sind die Interessen beider Parteien insofern gleichmäßig gewahrt, als in jedem Fall, sei zufällig Käufer oder Verkäufer oder jeder von beiden »Kaufmann«, der Verkäufer bald Gewißheit über die Frage der Erledigung des Kaufgeschäftes erhält und vor Spekulationen des Käufers geschützt wird.

Mit Recht bemerkt Lehmann[5]), daß das A. H. G. B. hiermit »den Bereich des dem Verkäufer gewährten Privilegs über die ratio erweitert habe«, mit andern Worten: über das zu erstrebende Ziel hinausgeschossen ist.

Denn abgesehen davon, daß der verkaufende Privatmann weit mehr der Spekulationslust des Kaufmanns ausgesetzt ist, während ihm, der doch meist lediglich in der Absicht baldigen

---

[1]) Diese Frage läuft im Grunde darauf hinaus, ob das Gesetz die Rügepflicht der für alle Fälle auch wirklich zutreffenden Person auferlegt hat oder nicht. Denn Rügepflicht und Untersuchungspflicht sind, wie oben (Vgl. S. 14, 15) gezeigt, untrennbar verknüpft, derart, daß ohne anschließende Rügepflicht die Untersuchungspflicht völlig bedeutungslos ist. Vgl. Riesser S. 417.

[2]) Vgl. S. 10, 11.

[3]) H. G. B. § 377.

[4]) Man darf nicht verkennen, daß die Untersuchungs- und Rügepflicht mit Rücksicht auf die aus ihr resultierende Präsumtion jedenfalls eher eine Härte für den Käufer bedeutet als eine Erleichterung. Stübel S. 405, 407.

[5]) Lehmann Nr. 4 zu § 377.

Ge- oder Verbrauchs verkauft, das Spekulieren weit ferner liegt, fehlt dem kaufenden Privatmann doch häufig die zu einer ordnungsmäßigen Untersuchung und Rüge nötige Fachkenntnis, ja, wie Krückmann[1]) überzeugend darlegt, der Laie ist schon wegen seiner geringen Kenntnis der einschlägigen handelsrechtlichen Bestimmungen dem in der Praxis des Handelsrechts stehenden Kaufmann gegenüber erheblich im Nachteil. Dazu kommt noch, daß der Empfang von Waren, deren Untersuchung und Mängelrüge »in das gewöhnliche Tagewerk«[2]) des Kaufmanns fällt, während der Nichtkaufmann, der in erster Linie »ganz andere und wichtigere Pflichten zu erfüllen hat«[3]), diese Angelegenheiten — der Untersuchung etc. — nur nebenbei erledigt. Das Interesse des Kaufmanns wurde also im A. H. G. B. »auf Kosten des nicht geschäftsgewandten Publikums einseitig geschützt.«[4])

Indem nun der Gesetzgeber diesen Erwägungen im wesentlichen folgte, hat er im neuen H. G. B.[5]) die Untersuchungspflicht des Käufers auf den Fall beschränkt, daß beide Parteien Kaufleute sind.

Ausschlaggebend war hierbei[6]) die Rücksicht auf das B. G. B., welches dem Käufer keinerlei Untersuchungspflicht auferlegt. Man glaubte dem Handelsrecht zu weitgehende Konzessionen zu machen, wenn man »dem Laienkäufer lediglich deshalb eine Untersuchungspflicht zumutete, weil er von einem Kaufmann gekauft habe.«[7])

Diese Beschränkung der Untersuchungspflicht auf den Fall des beiderseitigen Handelskaufs[8]) entspricht zwar völlig dem Bestreben des neuen Handelsgesetzbuchs, »das Handelsrecht möglichst zum Kaufmannsrecht umzustempeln«[9]), aber den Gedanken, der dem § 377 zu Grunde liegt, bringt das Gesetz nicht klar und umfassend zum Ausdruck.[10]) Indem es nämlich »nur für den

---

[1]) Krückmann S. 84, 85.
[2]) Krückmann S. 85.
[3]) Krückmann S. 86.
[4]) Stübel S. 411.
[5]) H. G. B. § 377.
[6]) Vgl. Denkschrift S. 223.
[7]) Düringer S. 268.
[8]) Lehmann Nr. 4 zu § 377.
[9]) Denkschrift S. 1, 2; Stübel S. 411.
[10]) Demgegenüber hält Daesler S. 50 die vorgenommene Änderung für durchaus zweckmäßig.

Verkehr unter Kaufleuten das Privileg statuiert«[1]), versagt es den erforderlichen Schutz einer ganzen, großen, wichtigen Kategorie von Verkäufern: dem Landwirt.[2]) Der verkaufende Landwirt ist dem spekulierenden Kaufmann gegenüber lediglich auf den Schutz des B. G. B. angewiesen, das zwar auch — soweit Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern und zulassen — eine Untersuchung der Ware zur Erhaltung der Ansprüche für angemessen erscheinen lassen kann, aber jedenfalls einer positiven Vorschrift entbehrt.[3])

Logisch wäre es, das Privileg jedem Verkäufer dann zukommen zu lassen, wenn das Geschäft für den Käufer ein Handelsgeschäft ist.«[4]) (Einseitiger Handelskauf in diesem Sinne!) Eine dahingehende Regelung der Frage dürfte sich aber, wenn schon als zweckmäßig, so doch als ungerecht und demzufolge unmöglich erweisen, weil hierin eine einseitige Härte gegenüber dem Kaufmann — wie in ähnlicher Weise im A. H. G. B. gegenüber dem Laien — erblickt werden müßte.[5])

Der Ansicht Lehmanns, daß es »unter diesen Umständen zweckmäßiger gewesen wäre, es beim alten Recht zu lassen, das einerseits den Produzenten als Verkäufer gegenüber dem Kaufmann, andererseits den Händler, der unmittelbar an den Konsumenten verkauft, gegenüber seinem Vormann, an dem er Regreß zu nehmen in der Lage war, schützte«[6]), vermag ich nicht beizustimmen.

Denn daß die Regelung des A. H. G. B. aus den oben[7]) angeführten Gründen keine einwandsfreie ist, kann nicht bestritten werden.

Andrerseits ist nicht zu leugnen, daß eine jedem Käufer, auch dem Laien auferlegte Untersuchungspflicht ihr Gutes insofern hat, als sie zu einer raschen und sichern Klärung der Verhältnisse des Handelsverkehrs verhilft.

---

[1]) Lehmann Nr. 4 zu § 377.

[2]) Stübel S. 412.

[3]) Lehmann (Lehmann Nr. 2 zu § 377) hat mit Rücksicht hierauf völlig Recht, wenn er den § 377 als ein privilegium odiosum für den Käufer, als ein privilegium favorabile für den Verk. charakterisiert.

[4]) Lehmann Nr. 4 zu § 377.

[5]) Lehmann Nr. 4 zu § 377.

[6]) Lehmann Nr. 4 zu § 377.

[7]) Vgl. S. 56, 57.

Das Mangelhafte an der Bestimmung des Art. 347 liegt ja auch im Grunde nur daran, daß der Laie genau dieselbe Untersuchungspflicht erfüllen soll wie der Kaufmann, und zwar in genau derselben Weise. Hieraus entspringt die ganze ungerechtfertigte Härte gegenüber dem Nichtkaufmann, und in diesem Punkte muß vermittelt werden.

Meinen vollen Beifall findet hierbei Krückmann[1]), der in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht es als Notwendigkeit anerkennt, daß bei jedem Handelskauf, mag derselbe einseitig oder beiderseitig sein, — also wie im A. H. G. B. — dem Käufer die Untersuchungs- und Rügepflicht aufzuerlegen sei.

Aber es sei nicht zu vergessen, daß Laie und Kaufmann betreffs der Ausführung ihrer Pflicht nicht nach gleich scharfen Grundsätzen beurteilt werden dürften[2]), da »wir vom Nichtkaufmann nicht diejenige Kenntnis des Handelsrechts fordern dürfen, die sich der Kaufmann durch seine tägliche Praxis erwirbt.«[3])

»Darum ist zu bestimmen, daß der Käufer in angemessener Zeit dem Verkäufer die Mängelanzeige zu machen hat.

Der Sinn ist, daß beim Kaufmann die angemessene Zeit gleich »sofort« zu nehmen ist, daß sie dem Nichtkaufmann jedoch billig zu bemessen ist.«[4])

---

[1]) Krückmann S. 86.
[2]) Vgl. Stübel S. 411.
[3]) Krückmann S. 86.
[4]) Krückmann S. 86.

Lebenslauf.

Ich, August Arthur Bruno Höher, Preuße, evangelischer Konfession, Sohn des Hausbesitzers August Höher in Sagan N./Schl., bin geboren am 7. März 1879 in Liegnitz. — Meine Schulbildung verdanke ich nächst der Saganer Stadt- und Fürstentumsschule dem Kgl. Katholischen Gymnasium meines Heimatsortes Sagan, das ich Michaelis 1899 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich studierte hierauf in Breslau 8 Semester Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 15. Dezember 1905 das examen rigorosum.

Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Bohn, Brie, Bruck, Dahn, Fischer, Freudenthal, Gretener, Jacobi, Jörs, Kleineidam, Leonhard, Lesser, Naendrup, Schott, Schücking, Sombart, Wolf.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern sage ich hierdurch meinen herzlichsten Dank.

Zu ganz besonderem Dank bin ich verpflichtet Herrn Professor Dr. Beyerle, der mich zu vorliegender Arbeit angeregt und bei Abfassung derselben in wohlwollendster Weise unterstützt hat, sowie Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Dahn und Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard, welche mir während meiner Studienzeit des Öfteren ein liebenswürdiges Interesse bezeigten.